



Verslag van het symposium van de Raad van State op 25 mei 2010

Rol en betekenis van de Grondwet

Omslag:

Detail van de herdenkingsplaquette Grondwetsherziening 1848.

De plaquette hangt aan de gevel van Paleis Kneuterdijk in de Heulstraat in Den Haag en is op 3 november 1948 onthuld.

Colofon

Ontwerp en opmaak: Frans Gijzemijter, Waddinxveen

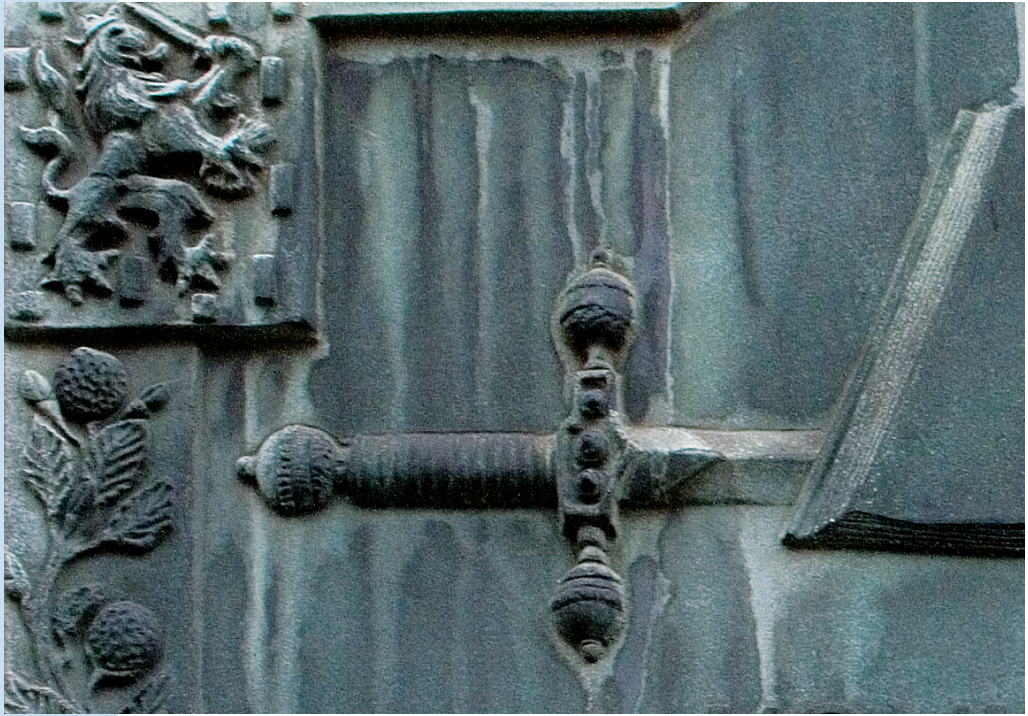
Druk: OBT bv, Leiden

© 2010 Raad van State, Den Haag

Alle rechten voorbehouden: niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Raad van State (Postbus 20019, 2500 EA Den Haag).

Inhoudsopgave

Woord vooraf	7
<i>door mr. H.D. Tjeenk Willink, vice-president van de Raad van State</i>	
Opening door de dagvoorzitter	13
<i>door mr. H.D. Tjeenk Willink, vice-president van de Raad van State</i>	
Versterkingsmogelijkheden in de bestaande adviespraktijk	
Versterkingsmogelijkheden op hoofdlijnen	19
<i>door staatsraad mr. R.J. Hoekstra</i>	
Op weg naar een volwaardige constitutionele toetsing	25
<i>door G.J. Schutte, oud-lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal</i>	
Enkele kanttekeningen	31
<i>door prof. mr. drs. A.H.M. Dölle, lid van de Eerste Kamer der Staten-Generaal</i>	
Zaaldiscussie	35
Vergezichten op constitutionele toetsing	
Constitutionele toetsing in toekomstig perspectief	45
<i>door staatsraad mr. P. van Dijk</i>	
Constitutionele toetsing in België	57
<i>door em. prof. dr. M. Bossuyt, Voorzitter van het Grondwettelijk Hof van België</i>	
Zaaldiscussie	75
Afsluiting door de dagvoorzitter	83
<i>door mr. H.D. Tjeenk Willink, vice-president van de Raad van State</i>	
Bijlage: lijst van deelnemers	85



Woord vooraf

door mr. H.D. Tjeenk Willink,
vice-president van de Raad van State

Woord vooraf

door mr. H.D. Tjeenk Willink

Op 25 mei 2010 vond in de Paleiskerk het symposium plaats over constitutionele toetsing in het staatsbestel gezien vanuit de rol van de Raad van State. Graag zeg ik dank aan allen die zich voor het welslagen van deze bijeenkomst hebben ingespannen en het verschijnen van deze bundel slechts enkele maanden daarna mogelijk hebben gemaakt.

Mijn waardering gaat in het bijzonder uit naar de referenten en co-referenten op het symposium. Met kracht van argumenten pleitten zij voor versterking van de constitutionele toetsing in de bestaande adviespraktijk en belichtten zij vergezichten op die toetsing. Hun bijdragen vormen de hoofdmoot van de bundel die voor u ligt.¹

Hoekstra benadrukt in zijn bijdrage de aard van constitutionele toetsing die over de gehele breedte een 'ontmoeting van recht en politiek' behelst. Hij schaart zich achter de voorstellen voor versterking van de advisering binnen het bestaande constitutionele kader, zoals uitgewerkt in de voorbereidende studie *Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State*.²

Vanuit zijn ruime parlementaire ervaring komt Schutte als co-referent tot het oordeel dat de Raad bij uitstek in constitutionele zaken zijn taak als adviseur van regering en Staten-Generaal waar maakt. Aan de hand van de discussie die eind vorig jaar plaatsvond in de Tweede Kamer over het tijdstip van kandidaatstelling voor de Eerste Kamerverkiezing, stelt Schutte dat de kennis van en het begrip voor constitutionele waarden onderhoud vergt.

Naar aanleiding van het betoog van Hoekstra waarschuwt Dölle dat de Raad van State de zogenoemde 'waaier van interpretatiemethoden' bij de advisering minder vrijblijvend zal moeten toepassen, naarmate het praktische gewicht van de advisering groeit. Bovendien pleit Dölle voor 'assertieve betrokkenheid' van de Raad bij initiatiefvoorstellen en voor een ruim maar zorgvuldig gebruik door

¹ De tekst van de Wet op de Raad van State is op 1 september 2010 gewijzigd in verband met de herstructurering van de Raad van State. In de bijdragen van de sprekers wordt evenwel steeds uitgegaan van de Wet op de Raad van State zoals die gold op 25 mei 2010.

² Dit onderzoeksrapport is voorafgaand aan het symposium verschenen als tweede uitgave van de Raad van State in de reeks *Studies en rapporten*.

de Kamers van de mogelijkheid om aan de Raad voorlichting te vragen in constitutioneel geladen wetgevingstrajecten.

Van Dijk stelt vast dat verbeteringen in de constitutionele toetsing in de adviespraktijk van de Raad al merkbaar zijn. Zo wijst hij op de instelling in 2009 van een Constitutioneel Beraad dat preadviseert ten dienste van zowel de advisering als de bestuursrechtspraak. In zijn inleiding op het thema 'vergezichten op constitutionele toetsing' bepleit Van Dijk als tussenfase naar een eventueel in de toekomst in te stellen constitutioneel hof een rol voor een rechtseenheidkamer.

Inzicht in de Belgische praktijk van het Grondwettelijk Hof geeft Bossuyt in zijn co-referaat. De Voorzitter van het Grondwettelijk Hof betoogt dat de invloed van de constitutionele toetsing door de Belgische Raad van State na instelling van het Grondwettelijk Hof is toegenomen, terwijl het dubbeltoetsingssysteem - dat wil zeggen: gecentraliseerde toetsing aan de grondwet door het Grondwettelijk Hof en diffuse toetsing aan internationale grondrechtenbepalingen door alle rechtscolleges - de aandacht vestigt op de verhouding tussen het Grondwettelijk Hof en de rechterlijke macht bij 'samenloop van grondrechten' (de situatie waarin grondrechten geheel of gedeeltelijk worden gewaarborgd in zowel de grondwet als in internationale verdragen).

Deze bundel bevat ook een weergave van de waardevolle discussie naar aanleiding van de (co-)referaten. Ook deze interventies vanuit de zaal openen nieuwe en waardevolle perspectieven voor de Raad. Het is mijn hoop dat ook de Staatscommissie Grondwet, deels aanwezig in de Paleiskerk, bij het voltooiën van haar rapport dit najaar, in deze bundel inspiratie zal vinden.

Het kan niet vaak genoeg worden gezegd: de Raad van State heeft in zijn beide functies, wetgevingsadvisering en bestuursrechtspraak, te maken met de constitutie in brede zin. De Raad is er druk mee. Zo zijn staatsraden en medewerkers alert op het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat op 1 december 2009 juridisch bindend is geworden en dat de Raad voor interpretatievragen plaatst. Het eerder genoemde Constitutioneel Beraad buigt zich over vragen naar de aard en intensiteit van de constitutionele toetsing en naar de toepasselijkheid van de Grondwet op de BES-eilanden. Zo wordt eens te meer tastbaar dat de constitutie daadwerkelijk het gemeenschappelijk fundament van de Raad vormt.

Het werk aan de constitutie is nooit 'af'. De Raad is zich daar ten volle van bewust. In de verwachting dat de Raad van State ook in de toekomst een waardevolle bijdrage kan leveren aan de constitutionele dialoog, sluit ik af met de woorden die ik op 25 mei jl. in de Paleiskerk uitsprak aan het einde van een inspirerende middag: laten we als Raad van State in ieder geval beginnen met datgene wat we doen, nog beter te doen en met het nog beter motiveren van onze adviezen en uitspraken.



Opening door de dagvoorzitter

door mr. H.D. Tjeenk Willink,
vice-president van de Raad van State

Opening door de dagvoorzitter

door mr. H.D. Tjeenk Willink

Dames en heren,

Graag heet ik u van harte welkom bij dit symposium van de Raad van State over 'Rol en betekenis van de Grondwet' en over 'De constitutionele toetsing, meer in het bijzonder in relatie tot de Raad van State'.

In het bijzonder wil ik degenen verwelkomen die met een inleiding of een coreferaat een wezenlijke bijdrage zullen leveren aan de discussie van deze middag. Een speciaal woord van welkom geldt onze buitenlandse gast (beter: onze buurman), de heer Bossuyt, Voorzitter van het Grondwettelijk Hof van België, wiens bereidheid tot deelname wij ten zeerste op prijs stellen.

Het is nog niet zo lang geleden dat de Grondwet in ons land in feite slechts van marginale betekenis werd geacht voor het staatkundig en maatschappelijk leven, en een symposium over rol en betekenis van de Grondwet waarschijnlijk voornamelijk meewarige zo niet sceptische reacties zou hebben opgeroepen. Dat was op zich niet zo vreemd, omdat onze Grondwet haar eigen marginalisering enigszins in de hand werkt, bijvoorbeeld door het primaat dat zij toekent aan direct werkende bepalingen van internationale verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties en het feit dat wij - anders dan nagenoeg alle andere landen van Europa - geen constitutionele toetsing van wetten kennen (althans niet door een rechter of constitutioneel hof).

Sinds enige jaren is echter duidelijk sprake van een herwaardering van de betekenis die de Grondwet heeft en kan hebben voor de Nederlandse samenleving. Twee voorbeelden.

In juli 2009 is een staatscommissie voor de herziening van de Grondwet ingesteld om te komen tot een versterking van de maatschappelijke betekenis van de Grondwet. Deze Staatscommissie zal vóór 1 oktober van dit jaar haar advies uitbrengen. Mede op voorstel van de Raad in zijn advies over de taakopdracht aan de staatscommissie zal die commissie zich ook buigen over de voorrang van internationale verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties boven de Nederlandse wet en Grondwet. Moet daarop geen uitzondering worden gemaakt als het gaat om 'wezenlijke constitutionele waarden'?

En er ligt het initiatiefvoorstel van het Kamerlid mevrouw Halsema tot invoering van constitutionele toetsing van wetten aan de Grondwet dat toe is aan de tweede lezing direct na het aantreden van de nieuwe Kamer. Zal het met twee derde meerderheid de eindstreep in beide Kamers halen?

De Grondwet - ingebed in het geheel van de constitutie, waaronder ik ook begrijp de nationale constitutionele beginselen, Europa en het Koninkrijk - is voor de Raad van State in zijn beide functies van belang. Als adviseur wordt de Raad met constitutionele vragen geconfronteerd in het kader van de verplichte advisering en wordt hem met een zekere regelmaat door de regering onverplicht om advies gevraagd met betrekking tot constitutionele vragen. Als hoogste algemene bestuursrechter wordt ook de Afdeling bestuursrechtspraak met problemen van constitutionele aard geconfronteerd. Als aansprekend - en nog steeds zeer actueel - voorbeeld noem ik de SGP-uitspraak van december 2007. Daaruit spreekt naar mijn mening duidelijk het besef dat democratie en rechtsstaat bij elkaar horen, maar dat de beginselen van democratie en rechtsstaat niet automatisch parallel lopen.

De Raad heeft enige tijd geleden besloten meer aandacht te besteden aan het 'constitutionele fundament' waarop zijn beide taken berusten. Daarvoor hebben we het 'Constitutioneel Beraad' ingesteld, onder voorzitterschap van staatsraad Van Dijk, dat tot taak heeft om de Raad *in zijn beide functies* te preadviseren over vragen die in het kader van de advisering en de bestuursrechtspraak rijzen met betrekking tot de Grondwet, de nationale constitutionele beginselen, het Statuut voor het Koninkrijk, het constitutionele recht van de Europese Unie, het EVRM en de andere mensenrechtenverdragen. De preadvisering door het 'Constitutioneel Beraad' laat de zelfstandige oordeelsvorming van de Raad als adviseur en als hoogste algemene bestuursrechter volledig intact, en heeft uitsluitend tot doel een bijdrage te geven ter verhoging van de constitutionele kwaliteit van de adviezen en uitspraken.

Die verhoging van kwaliteit is van belang, omdat de kennis van en het begrip voor het constitutionele recht en de constitutionele spelregels bij overheid en parlement zijn afgenomen en omdat bij een eventuele afschaffing van het rechterlijk toetsingsverbod het belang van de constitutionele toetsing *ex ante* groter wordt.

Het ligt in de bedoeling om de belangrijkste preadviezen van het Constitutioneel Beraad in de toekomst openbaar te maken, zodat zij ook kunnen bijdragen aan het publieke en politieke debat over vraagstukken van constitutionele aard en zo een betekenis kunnen krijgen die verder reikt dan het individuele advies of de individuele uitspraak.

Directe aanleiding voor dit symposium over *Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State* is de afronding van het gelijknamige onderzoek, uitgevoerd door Jurgen de Poorter en Marjolein van Roosmalen, waarmee ik hen ook hier complimenteer, met alle andere medewerkers en staatsraden die zich daarvoor hebben ingezet. U allen hebt de afgelopen weken kennis kunnen nemen van dit onderzoek waarin de vraag wordt beantwoord hoe de Raad de Grondwet interpreteert en welke methodes hij daarbij hanteert. Het onderzoek wordt gecombineerd met een essay waarin de constitutionele toetsing in een breder perspectief wordt geplaatst. Daarmee vormt het een ideale aanloop voor de discussie van vanmiddag.

Met het uitspreken van de hoop dat dit symposium een eigen bijdrage mag leveren aan het openbare en politieke debat over de maatschappelijke en staatkundige betekenis van de Grondwet in ons land, open ik dit symposium en geef ik graag als eerste het woord aan staatsraad Hoekstra.



Versterkingsmogelijkheden in de bestaande adviespraktijk

Versterkingsmogelijkheden op hoofdlijnen

door staatsraad mr. R.J. Hoekstra

Het is mij opgevallen dat de vragen rond de uitleg van de Grondwet met *ups and downs* in de wetenschappelijke en politieke discussies de kop opsteken. Soms is het heel rustig, stil, vooral bij onderwerpen waarover - voorlopig - toch geen consensus valt te verwachten. Dan ziet men voorlopig af van politieke en ook publieke discussie, waarna de discussie dan opeens herleeft, zoals de discussie over constitutionele toetsing in deze dagen - in deze moderne tijd. Ik noem in dit verband ook het symposium dat de Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid vorig jaar wijdde aan 'Wetgever en constitutie'. Misschien heeft de fluctuerende belangstelling voor dit onderwerp ook wel te maken met de wijze waarop het staatsrecht in dit land wordt beoefend, namelijk vooral pragmatisch en positivistisch.

1 Toetsingsrecht is voorwerp van discussie, niet van consensus

Het toetsingsrecht als voorwerp van discussie gaat ver terug - vanaf Thorbecke, naar de Proeve van een nieuwe Grondwet, de commissie Cals-Donner, de commissie-Biesheuvel en de Nationale Conventie. Volop speelt de discussie ook nu weer bij het initiatiefvoorstel-Halsema.

Toch kan men niet volhouden dat vragen rond de uitleg van de Grondwet - en breder: van het constitutionele recht - in het centrum staan van de huidige wetenschappelijke en politieke belangstelling. Ons staatsrecht wordt op pragmatische positivistische wijze beoefend. Struycken verzuchtte al dat de betekenis van de Grondwet lang niet door iedereen wordt erkend. Sommigen, zoals Krabbe de Oppenheim, geven aan de Grondwet geen andere betekenis dan aan de gewone wet. Het schoot Struycken bijvoorbeeld in het verkeerde keelgat dat nog in 1878 bekostiging van bijzonder onderwijs in strijd met de Grondwet werd geacht en dat later onder diezelfde Grondwet het omgekeerde werd geconcludeerd. De Grondwet kweekt volgens hem huichelarij en minachting van het recht door slinkse uitleg ervan. Als er eerbied zou zijn in authentieke zin, dan had volgens Struycken de rechter wel de toetsingsbevoegdheid van wet aan Grondwet gekregen.

Enige relativering van de betekenis van de Grondwet is naar mijn mening in zoverre wel op zijn plaats, dat de Grondwet slechts onderdeel is van het constitutionele recht. Zo heeft het parlementaire stelsel zich in hoofdlijn - denk aan de

vertrouwensregel – naast de Grondwet ontwikkeld. Van der Hoeven heeft aan de betekenis van de Grondwet als onderdeel van het constitutionele recht de nodige aandacht gegeven in zijn boek over de plaats van de Grondwet in het constitutionele recht.

2 Toetsing: rechterlijke toetsing en de beoordeling als wetgevingsadviseur

Toetsing wordt primair geassocieerd met rechterlijke toetsing; de (bestuurs)rechter beoordeelt of en in hoeverre lagere regelgeving (dus niet zijnde de formele wet) in strijd is met de Grondwet.

Toetsing is echter ook: beoordeling als wetgevingsadviseur. Deze beoordeling heeft een ander karakter dan bestuursrechtspraak, reeds omdat het geen finaal oordeel is. Het finale oordeel berust bij de regering en/of de wetgever. Daarom is de Raad terughoudend met een oordeel 'in strijd met'. Een regelmatig terugkerende vraag binnen de Raad is, of deze verder kan gaan dan 'staat op gespannen voet'. Deze formulering geeft naar strekking meer ruimte voor de regering om nader te motiveren en een uiteindelijk oordeel te geven. De Raad heeft niet de status van 'Hof'. De Raad is ook geen bindend arbiter, zelfs niet als regering en Staten-Generaal die rol in voorkomend geval aan de Raad willen toekennen, bijvoorbeeld als het gaat om de toepassing van artikel 68 van de Grondwet. Regering en Staten-Generaal hebben immers hun eigen constitutionele verantwoordelijkheid voor de toepassing van de Grondwet en de aan hun oordeel te verbinden conclusies.

3 Is de Raad adviseur van de regering zoals andere adviesorganen? Neen.

Is de Raad adviseur van de regering zoals andere adviesorganen? Neen. De Raad maakt deel uit van het Grondwettelijke complex 'wetgeving en bestuur'. Niet voor niets heeft de Grondwetgever gekozen voor de term 'horen' en niet voor de term 'adviseren'.

'Horen' wordt als term ook gebruikt bij het Kroonberoep; het advies aan de Kroon wordt door deze gevolgd, tenzij daartegen zwaarwegende bezwaren zijn. Verder kan een afdeling uit de Raad worden gehoord over voorgenomen

wetgeving. Een voorbeeld vormt de nota Grondwetsherziening uit 1974. Deze procedure van afdelingsvoorlichting wordt vanouds aangemerkt als 'bericht en raad' aan de regering.

4 Aard van de toetsing

Het kan gaan om toetsing aan klassieke grondrechten, sociale grondrechten, godsdienstvrijheid, aan institutionele bepalingen, aan ongeschreven staatsrecht.

Een eerste vraag luidt of toetsing aan klassieke grondrechten een andere is dan toetsing aan institutionele bepalingen. Toetsing aan grondrechten heeft vanwege de formulering van die rechten een meer juridisch karakter, maar het gaat te ver om te concluderen dat aan grondrechten een institutioneel karakter ontbreekt. Vrijheid van godsdienst bijvoorbeeld heeft in de historische context in Nederland ook het karakter van een waarborg voor godsdienstvrede. Godsdienstige groeperingen moeten, met andere woorden, hun recht niet verabsoluteren, maar bij de uitoefening ervan rekening houden met andere, ook seculiere opvattingen.

Vervolgens rijst de vraag of het anders is met de vrijheid van meningsuiting. Ook dit recht kan niet uitsluitend worden beoordeeld langs de juridische meetlat. Formele wetten ter zake zijn, evenals wetten met betrekking tot de bestuurlijke inrichting van het land, een 'ontmoeting' van recht en politiek. De Raad moet daarmee rekening houden. Ook een rechterlijke constitutionele toets moet daarmee rekening houden. De vraag is gerechtvaardigd, of de bestaande rechterlijke organisatie het meest geschikte geschillen kader voor toetsing biedt. Is een constitutioneel Hof met een specifieke taak en samenstelling een alternatief, dat meer tegemoet komt aan de aard van constitutionele toetsing?

5 Versterkingsmogelijkheden binnen het bestaande constitutionele kader

Versterkingsmogelijkheden binnen het bestaande constitutionele kader vormen het bereik van mijn bijdrage van vanmiddag. In het onderzoeksrapport *Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State* wordt in overweging gegeven om een aantal versterkingsmogelijkheden te introduceren of te realiseren.

a Een verzwaarde motiveringsplicht voor de regering (voor zover het gaat om bezwaren van constitutionele aard in adviezen van de Raad van State)

Daarbij gaat het vooral om versterking van de motivering, want dat is nodig. Sommige adviezen hebben een hele duidelijke en heldere motivering. Maar uit de analyse die ten grondslag ligt aan de bundel, wordt wel duidelijk dat daar af en toe een weging moet worden gemaakt waarin men heel uitdrukkelijk ziet dat advisering, en zeker als het gaat om constitutionele toetsing, een weergave is van de ontmoeting tussen politiek en recht. Ik zeg wel eens: de samenstelling van de Raad van State heeft ook een politieke achtergrond. Zoals de vice-president regelmatig verduidelijkt: het gaat niet om een partijpolitieke achtergrond, maar wel om een politieke achtergrond. Wanneer de Raad van State in staat is om de kwaliteit van de motivering te versterken, dan zou men aan de regering kunnen vragen om de bezwaren van constitutionele aard ook van een geduchte motivering te voorzien, alvorens tot indiening of niet-indiening over te gaan. Wat dat betreft zou de balans aan beide kanten kunnen worden versterkt en laat ik dan maar beginnen met een pleidooi voor versterking in dat deel van de balans, waar de Raad van State verantwoordelijk voor is en in het verlengde daarvan voor een afspraak met de regering, dan wel met de initiatiefnemers van wetsvoorstellen in de Tweede Kamer, over een versterkte motivering als het gaat om de weerlegging van de door de Raad aangevoerde bezwaren.

b Invoering van een zogenaamde 'informele wetgevingslus'

Men zou ook een stap verder kunnen gaan. Aansluitend bij de uit het bestuursrecht bekende bestuurlijke lus zou men over kunnen gaan tot invoering van een informele wetgevingslus. De regering wordt dan de mogelijkheid geboden een nadere motivering te geven met betrekking tot constitutionele vraagstukken, die de Raad uitdrukkelijk onder de aandacht van de regering heeft gebracht. De Raad 'schorst' dan, bij toepassing van deze lus, de behandeling van de advisering van het wetsvoorstel, in afwachting van die nadere motivering. Er staat een heel mooi artikel in de Wet op de Raad van State, artikel 22, dat voorziet in overleg met de regering, met de betrokken ministers, over een aantal punten die de Raad bij de voorbereiding van zijn advies constateert, waarvan de Raad zegt: dat zijn belangrijke en relevante zaken, die willen wij graag met de regering bespreken, alvorens een advies uit te brengen.

c Een tweede advies van de Raad van State

Het zou ook zo kunnen zijn dat de regering naar aanleiding van zwaarwegende opmerkingen van de Raad van State over constitutionele kwesties voorshands afziet van het wetsvoorstel en zichzelf de gelegenheid geeft om met aanpassingen

van het wetsvoorstel te komen. Zowel bij de wetgevingslus, die ik zo-even noemde, als bij dit voorstel zou in eerste instantie het Reglement van Orde van de Ministerraad een voorziening kunnen treffen om te bepalen in welke gevallen opmerkingen van de Raad van State tot het volgen van deze procedure(s) kunnen leiden.

d De Raad van State adviseert of geeft voorlichting over een wetsvoorstel in een fase tijdens de wetgevingsvoorbereiding (vóór besluitvorming in de ministerraad)

Het is mogelijk dat, meer dan nu het geval is, over constitutionele kwesties nog voordat een wetsvoorstel is gefinaliseerd, via besluitvorming in de Ministerraad, aan de Raad van State worden voorgelegd. Dat pleegt thans het geval te zijn bij nota's. Ik herinner mij zelf nog uit de tijd waarin ik werkzaam was bij (wat toen nog gewoon heette) Grondwetszaken bij Binnenlandse Zaken als adjunct-secretaris van de commissie Cals-Donner, dat het kabinet Den Uyl besloot om over de nota Grondwetsherzieningsbeleid eerst het oordeel te vragen van de Raad van State. Dat heeft, zo weet ik nog, tot een sanering geleid in het doen van voorstellen aan de Tweede Kamer. Dan is nog niet onmiddellijk de advisering over het desbetreffende wetsvoorstel een hamerstuk, maar de context van de advisering is met de voorlichting over een nota wel gegeven.

6 Ter afsluiting

Het zou ook nog zo kunnen zijn - dat was ook een suggestie die in de bundel is opgenomen en die mij aanspreekt - dat de Tweede Kamer en Eerste Kamer over bepaalde constitutionele kwesties de Raad van State direct benaderen. Ik ben vooral ook benieuwd hoe de co-referenten vanuit hun ervaring als (voormalig) lid der Staten-Generaal hierover denken. Er zullen wel altijd vragen rond afstemming met de regering blijven bestaan over de vraag wie wat op welk moment doet. Maar ik denk, uit een oogpunt van versterking van de kwaliteit van de constitutionele toetsing, dat ook dat een positieve suggestie zou zijn.

Afsluitend zeg ik dat de Raad van State natuurlijk afhankelijk is van de vragen en de oordelen die de regering en de Staten-Generaal - die de wetgever - aan de Raad wil voorleggen. Welke specifieke kwesties zij ook aan de Raad voorleggen, alles moet er uiteindelijk op gericht zijn, dat is ook de strekking van mijn betoog, om de kwaliteit van de constitutionele toetsing te versterken, want daar is alle reden toe, ook aan de kant van de regering casu quo de Tweede Kamer en de Eerste Kamer. Ook daar moet de motivering aan de maat zijn. Er ligt niet alleen veel werk voor de Raad van State, maar ook voor de wetgever.

Op weg naar een volwaardige constitutionele toetsing

door G.J. Schutte, oud-lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Bij lezing van het bijzonder instructieve Jaarverslag 2009 van de Raad van State stuitte ik op twee waarnemingen die in onderlinge samenhang relevant zijn voor het symposium van vandaag. Eerst de constatering, dat de kennis van en het begrip voor de constitutionele waarden waarop het staatsbestel rust onder andere bij volksvertegenwoordigers en bewindslieden zijn afgenomen. Direct daarna dat de overtuiging van de betekenis die de Grondwet kan spelen voor de versterking van onze democratische rechtsstaat ook in het parlement breed gedeeld wordt.³ Kamerleden zijn dus – wat gechargeerd uitgedrukt – overtuigd van de waarde van een constitutie die zij steeds minder kennen en begrijpen.

Het is niet aan mij als oud-Kamerlid deze waarnemingen van deskundige zijde te bestrijden of te relativiseren. Het feit dat de Raad van State – en niet voor het eerst of als enige – ze doet, is voldoende reden om ze serieus te nemen.

Tegen deze achtergrond wil ik dan ook mijn reactie op de lezing van staatsraad Hoekstra geven vanuit twee invalshoeken. De eerste is die van de Tweede Kamer en zijn leden. Wat verwachten zij van de Raad van State als deze wetsvoorstellen of andere voornemens aan een constitutionele toets onderwerpt? Het formele antwoord is natuurlijk, dat de Raad van State duidelijk en onderbouwd zal aangeven hoe de voorstellen zich verhouden tot de Grondwet. Kamerleden zullen immers hun eed van trouw aan de Grondwet willen nakomen.

Maar Kamerleden zijn politici met uiteenlopende politieke wensen en belangen. Zij hopen natuurlijk dat het advies van de Raad van State zal bevestigen dat hun eigen politieke wensen ook constitutioneel door de beugel kunnen. Zij zullen dan ook geneigd zijn het oordeel van de Raad zoveel mogelijk naar zich toe te halen.

Bij Kamerleden kan nog iets anders een rol spelen. Zij realiseren zich, dat in ons staatsbestel het uiteindelijk de wetgever is die de Grondwet interpreteert. De Raad van State is hierbij slechts adviserend. Dit heeft het risico in zich, dat een staatsrechtelijk debat in de Kamer doodslaait, doordat een politieke meerderheid zich op deze staatsrechtelijke regel beroept teneinde een politiek geschil te beslechten. Dit kan zich in het bijzonder voordoen als fracties zich hebben

³ Raad van State, *Jaarverslag 2009*, p. 56.

gebonden aan een gedetailleerd regeerakkoord, dat in wetgeving moet worden vertaald. Maar het risico kan zich ook in een alledaags debat voordoen.

Zo vond er eind vorig jaar in de Kamer een discussie plaats over de mogelijkheid het tijdstip van kandidaatstelling voor de Eerste Kamerverkiezing te vervroegen. Dit leek in de voorgestelde vorm niet te kunnen vanwege strijdigheid met artikel 55 van de Grondwet. Eén van de fracties stelde toen dat het toch aan de wetgever is dit grondwetsartikel te interpreteren en dat het dus niet nodig is de Grondwet te wijzigen om te komen tot een andere interpretatie.⁴ Gelukkig werd in deze zaak uiteindelijk voor een andere oplossing gekozen, maar het voorval illustreert mijns inziens dat in de Kamer de kennis van en het begrip voor constitutionele waarden wel eens enig onderhoud vergt.

De tweede invalshoek van mijn reactie is die van de Raad van State zelf, in het bijzonder in relatie tot de Tweede Kamer. Juist om mogelijke vluchtwegen voor Kamerleden zoveel mogelijk af te sluiten is het van belang, dat het oordeel van de Raad over constitutionele aspecten gezaghebbend is. Dat wil zeggen: goed onderbouwd en als het even kan voorzien van een duidelijke conclusie. Als de studie van De Poorter en Van Roosmalen één ding duidelijk maakt, dan is het wel dat de Raad tal van redenen kan hebben om geen ultieme duidelijkheid te bieden. De heer Hoekstra motiveerde dit zojuist met de stelling, dat het niet om een finaal oordeel gaat. Dat berust bij de regering en/of de wetgever.

Dat lijkt mij een juiste benadering. Maar dan is wel relevant de vraag of er ook inhoudelijke redenen zijn om niet al te stellig te spreken. De Poorter en Van Roosmalen noemen er verschillende, waarbij mij vooral opvallen de keuze uit een waaier van interpretatiemethoden en de mogelijkheid van verschillen van inzicht binnen de Raad. Dat heeft dan minder te maken met respect voor de wetgever en wellicht meer met afscherming van eigen kwetsbaarheid. Het zou mijns inziens de waarde van constitutionele toetsing vergroten als de Raad in die gevallen motiveert waarom bepaalde methoden wel of juist niet zijn gehanteerd dan wel welke afwegingen hier gemaakt zouden kunnen worden.

Vaak onthoudt de Raad zich van een oordeel over de verenigbaarheid met de Grondwet en adviseert hij de indiener zich hierover zelf concreter uit te spreken. Gelet op de primaire verantwoordelijkheid van de indiener voor de grondwettigheid van zijn voorstel lijkt dit terecht. De kans is dan echter reëel, dat de discussie over de grondwettigheid verzandt.

⁴ *Kamerstukken II 2009-2010, 32 191, nr. 5, p. 5.*

Een voorbeeld hiervan is het wetsvoorstel over de rechtstreekse betaling van vergoedingen aan politieke ambtsdragers. In de memorie van toelichting wordt een verband gelegd met het vereiste van stemmen zonder last in artikel 67 van de Grondwet.⁵ De Raad stelt in zijn advies dat onafhankelijkheid op zichzelf mogelijk een grond kan zijn voor een cessieverbod, maar dat het ontbreekt aan een overtuigende motivering.⁶ Nadat in het nader rapport deze motivering ook niet duidelijk wordt gegeven, komt de hete aardappel bij de Tweede Kamer te liggen, die niet beter weet te doen dan aan de Kiesraad te vragen over het voorstel te adviseren en daarbij in het bijzonder aandacht te schenken aan de grondwettelijke aspecten.⁷ De Kiesraad leent zich hiervoor niet. Hij verwijst naar de advisering door de Raad van State en zegt de volgtijdelijkheid in advisering over grondwettelijke aspecten te respecteren.⁸

In deze casus dringt zich de vraag op hoe het heeft kunnen gebeuren dat steeds om de discussie over de hamvraag heen gedraaid is, terwijl over dit wetsvoorstel artikel 22-overleg heeft plaatsgevonden met de minister. Daarbij moet toch artikel 67 van de Grondwet aan de orde zijn geweest. Wilde de minister dit punt misschien liever in het midden laten in deze politiek gevoelige zaak? En heeft de Raad er toen voor gekozen die verantwoordelijkheid ook maar bij haar te laten?

Nu zult u misschien zeggen: het woord is dan toch aan de Kamer. Die kan toch proberen de minister te dwingen constitutioneel kleur te bekennen. Zeker, maar het ging hier wel om een zaak waarbij één van de kamerfracties direct belanghebbende was. Het maakt dan een groot verschil of alleen politieke of ook constitutionele aspecten in het geding zijn. Door de gang van zaken heeft de constitutionele toetsing in dit geval bijgedragen aan onduidelijkheid.

Zouden de verbeteringsmogelijkheden die de heer Hoekstra heeft bepleit behulpzaam kunnen zijn om dit soort situaties te voorkomen? Een verzwaarde motiveringsplicht in combinatie met een informele wetgevingslus of een tweede advies van de Raad is zeker aan te bevelen, vooral als de Raad zich zelf ook toelegt op motivering van zijn adviezen. Maar het is de vraag of het in situaties als die rond artikel 67 van de Grondwet echt helpt. In dit geval was immers al artikel 22-overleg gevoerd, zonder dat dit zichtbaar tot meer duidelijkheid had

⁵ *Kamerstukken II 2009-2010, 32 220, nr. 3, p. 1.*

⁶ *Kamerstukken II 2009-2010, 32 220, nr. 4, p. 2.*

⁷ *Kamerstukken II 2009-2010, 32 220, nr. 5.*

⁸ *Kamerstukken II 2009-2010, 32 220, nr. 7.*

geleid. In toekomstige situaties zou wellicht een beroep kunnen worden gedaan op de nieuwe mogelijkheid de Kamer desgevraagd van voorlichting te voorzien.

De suggestie om meer gebruik te maken van de mogelijkheid de Raad van State aan het begin van de wetgevingsketen te raadplegen over constitutionele aspecten raakt de positie van de Kamer met name als het wetgevingstraject daardoor zou worden verlengd. Toch een enkele kanttekening van mijn kant. Als het gaat om een beoogd wetsvoorstel zou ik zo'n adviesaanvraag niet buiten de ministerraad om willen laten gaan; dit om te voorkomen dat de collectieve ministeriële verantwoordelijkheid voor wetgeving in het gedrang kan komen.

Ik wil mijn bijdrage afsluiten met enkele opmerkingen over de constitutionele toetsing van initiatiefvoorstellen. De Raad pleegt hierbij te kiezen voor terughoudende formuleringen en aan zijn advisering geen dictum te verbinden. Nu behoeft dat niet te betekenen dat de boodschap van de Raad van State onduidelijk is. De initiatiefnemers Hamer c.s. begrepen de boodschap goed toen de Raad stelde dat zij er in hun voorstel regeling toelatingsrecht bijzonder onderwijs niet in geslaagd waren strijd met artikel 23 van de Grondwet te voorkomen.⁹ Na zo'n stelling heb je geen dictum meer nodig!

Terughoudendheid in oordelen over niet-constitutionele aspecten van initiatiefvoorstellen lijkt mij terecht. Meer dan voorstellen van de regering dragen initiatieven vanuit de Kamer veelal een sterk politiek karakter. De status is bovendien niet meer dan die van een voorstel van één of enkele Kamerleden.

Toch wil ik bepleiten de terughoudendheid te laten varen wat betreft de constitutionele aspecten. Ook initiatiefvoorstellen vormen in beginsel de basis voor wetten die het Staatsblad kunnen bereiken. Helderheid over de grondwettigheid is dan vanaf het begin belangrijk. Voorkomen moet worden dat de Raad van State zich hierover pas kan uitlaten nadat de Staten-Generaal hebben gesproken, zeker als ook de regering zich er pas in een gevorderd stadium over zal uitspreken.

Een verschillende behandeling op dit punt van wetsvoorstellen van de regering en van initiatiefvoorstellen leidt ook gemakkelijk tot onduidelijkheid. Dit geldt vooral als wetsvoorstellen van de regering en vanuit de Kamer over dezelfde materie tegelijk aan de orde zijn. De aanwezigheid van een mogelijk kritisch dictum in het ene advies en het ontbreken ervan in het andere kan ten onrechte de indruk wekken dat het initiatiefvoorstel in constitutioneel opzicht het beste door de beugel kan.

⁹ *Kamerstukken II 2006-2007*, 30 417, nr. 4, p. 5.

Mijn conclusie is dan ook: laat de Raad van State zijn taak als adviseur bij uitstek in constitutionele zaken voluit waar maken, tegenover de regering en de Staten-Generaal. Wellicht zal dit bijdragen aan de kennis van en het begrip voor de constitutionele waarden waarop ons staatsbestel rust.

Enkele kanttekeningen

door prof. mr. drs. A.F.M. Dölle, lid van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Het boeiende referaat van de heer Hoekstra bevat een klassiek vermaan. Wie zich overgeeft aan constitutionele toetsing - in het bijzonder aan het ijken van wetten in formele zin op grondwetteksten - moet beseffen dat deze activiteit een eigen dimensie en een eigen dynamiek bezit. Het *Handboek van het Nederlands staatsrecht (de "Van der Pot")* haalt in dit verband instemmend Chief Justice Marshall aan: "*We must never forget that it is an constitution we are expounding.*" Daarbij ontmoeten, zoals Hoekstra terecht opmerkt, recht en politiek elkaar op bijzondere wijze. Denk aan het recente tumult rond de BHV-kwestie in België en rond de boerka-wetgeving in Frankrijk. Grondwetsinterpretatie is daarom van een ander kaliber dan de uitleg van belastingwetten of raadsverordeningen. Konijnenbelt wijst er - onder andere op de Staatsrechtconferentie in 2007 - op dat het er daarnaast nogal toe doet wie die toetsing verricht. Is dat een nationaal constitutioneel hof of vindt de toetsing 'gespreid' plaats door vele rechters (vgl. het initiatiefwetsvoorstel-Halsema) of zoals thans bij ons door een gremium als de Raad van State dat niet-bindend adviseert. De jurisprudentie van de Raad van State zoals die zich tegen het decor van artikel 120 van de Grondwet ontwikkelde, kreeg mede door deze eigenaardige setting een bijzonder stempel. Het is vanuit dit besef van het eigen Nederlandse karakter van constitutionele toetsing door de Raad van State en natuurlijk een beetje vanuit mijn nu elfjarige ervaring als lid van de Eerste Kamer, een college waar het vaak over grondwet en constitutionaliteit gaat, dat ik enkele kanttekeningen wil plaatsen bij het referaat van de heer Hoekstra.

De eerste betreft de '*weg van de Waaier*' als ik me deze Oosters geïnspireerde metafoor mag veroorloven. De heer Hoekstra noemt deze niet, maar veronderstelt deze werkwijze wel. De Volle Raad heeft deze methode in 2008 gecanoniseerd. We mogen aannemen dat ook voor het Constitutioneel Beraad zoals dat in het jaar daarop werd geformaliseerd deze doctrine gesneden koek is. Het fraaie en illustratieve onderzoek van De Poorter en Van Roosmalen, *Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State*, bespreekt dit concept eveneens. De waaier bevat een aantal uitlegmethoden - het onderzoek noemt er dertien - die de Raad al dan niet gecombineerd bij zijn toetsingsarbeid aanwendt: de taalkundige en grammaticale methode, de wethistorische en wet-systematische methoden, de teleologische en fundamentele waarden-methode enzovoort. Wanneer in de werkplaats van de Raad welk instrument van het schap wordt gehaald, wordt aan de ambachtslieden zelf overgelaten. Er is geen hiërarchie of voorkeursvolgorde.

Deze pragmatische casuïstische werkwijze roept op het eerste gezicht niet zo veel vragen op. Hij past ook goed bij het dominante pragmatisch historisch dogmatische karakter van de grondwetsuitleg in ons land dat een semantisch ingetogen en ideologiearme grondwet kent zonder vermelding van preambulaire of andere waarden. Een land waarin historisch grote groepen verschillend dachten over grondslag en doel van overheidsgezag. De Raad van State is bovendien geen finale interpreter; dat is de wetgever.

Toch meen ik dat die methodische vrijblijvendheid onder druk kan komen, indien de adviezen van de Raad van State het wetstraject zwaarder gaan hypothekeren zoals dat in de vier verbeteringssuggesties waarover de heer Hoekstra sprak het geval kan zijn. En dat is zeker aan de orde in het geval in een ongewisse toekomst de Raad een bindende toetsingsrol zou krijgen opgedragen. Dan groeit de aandrang bij geïnteresseerden, waaronder uiteraard parlementariërs, naar het *grondwetsbeeld* dat bij de toetsing aan grondrechten en meer institutionele bepalingen voorzit. Ideaaltypisch: de grondwet als waarborg en kluis (Steenbeek bijvoorbeeld) tegenover de grondwet als programma (Meuwissen). Een juridisch activistische houding (memorie van toelichting bij het wetsvoorstel-Halsema) tegenover een opstelling die zwaar gewicht legt op de bedoeling van de historische grondwetgever en de historische compromissen ook bij de meer institutionele bepalingen achter een aantal artikelen. In laatste instantie staan dan twee grondhoudingen tegenover elkaar. De opvatting die aan het parlement als drager van volkssoevereiniteit zo weinig mogelijk grenzen wil stellen door teksten van deels reeds 'overleden geslachten' (Krabbe) tegenover de opvatting die in het parlement een orgaan ziet dat niet slecht nominaal maar ook substantieel ondergeordend is aan de historische grondwetgever. De boerka-opstelling van de Franse Raad van State tegenover de wetgever lijkt bijvoorbeeld uit dat laatste grondwetsbeeld, waarbij ik mezelf overigens ook thuis voel, voort te komen. Er is natuurlijk veel meer over te zeggen, maar ik wil deze kanttkening afsluiten met het vermoeden dat de waaier minder vrijblijvend zal moeten worden in de mate waarin het praktische gewicht van de advisering groeit.

Een tweede kanttkening betreft de *zwijgende Raad*. Het eerder genoemde onderzoek leert dat de Raad van State soms zwijgt over constitutionele kwesties die in een wetstraject kunnen opduiken. Dat kan, omdat de Raad het punt over het hoofd ziet, uiteraard zo haast ik me hier in deze kring te zeggen, een hoogst theoretische kwestie. Het kan ook zijn dat het punt pas later wordt opgebracht. Of dat er binnen de Raad geen overeenstemming ter zake is bereikt; dan wel dat dit Hoge College van Staat het om andere redenen niet opportuun achtte van

twijfels gewag te maken. De Raad heeft echter ook gesteld, onder andere in het Jaarverslag 1995, dat uit het stilzwijgen van de Raad mag worden afgeleid dat er dus geen ongrondwettigheid op dit punt (in casu een onderdeel van de Kaderwet Bestuur in verandering) bestaat. De regering herhaalt dit standpunt begrijpelijkerwijs met graagte in parlementaire debatten. Natuurlijk, het gaat hier om het etiket 'ongrondwettigheid'. Dat is een brisante kwalificatie die de Raad niet gauw hecht aan een wetsvoorstel, maar die nuance verdampt snel in een constitutioneel debat in de Kamers. Dit strakke standpunt van de Raad bevordert de bereidheid constitutionele kwesties vanuit de Kamers voor te leggen aan de Raad niet direct.

Een derde kanttekening. Het opsporen van de uitleg door de wetgever van grondwetteksten, een activiteit die in een aantal uitlegmethodeën uit de waaiër nodig lijkt, is soms lastig. De wetgever bestaat immers uit drie formele actoren die bijgelicht door adviezen van Uw Raad en soms van andere colleges tegen de achtergrond soms van een luidruchtig maatschappelijk debat aan grondwetsinterpretatie (waartoe ik me steeds beperk) doen. Alle leden van regering, Tweede Kamer en Eerste kamer hebben de eed op de Grondwet overigens afgelegd. Hier speelt doorgaans de regering met wit: zij zet de toon vanaf de memorie van toelichting. Voorts maken haar stellingnames ten aanzien van vraagstellingen vanuit de Staten-Generaal duidelijk deel uit van de uitleg van de wet. Onder omstandigheden is dat ook het geval met aanvaarde moties uit de Kamers.

Maar soms is het knap lastig een opvatting van de interpreterende wetgever te reconstrueren. Enkele voorbeelden: wat is de actieradius van een parlementaire enquête? Tot wat de samenleving beroert of tot de reikwijdte van de parlementaire bevoegdheden op het terrein van wetgeving en controle? Wat behelst het grondwettelijk hoofdschap van de raad uit artikel 125 van de Grondwet? Staat het in de weg aan een verandering van de Gemeentewet van de aanstellingswijze van wethouders? Aan algehele overbrenging van bestuursbevoegdheden van raad naar college? Welke wetsprojecten met betrekking tot een acceptatieplicht van scholen van scholieren en docenten, tot de samenwerkingschool, tot zogeheten burgerschapskerndoelen, kunnen de toets van artikel 23 van de Grondwet (met name vrijheid van inrichting) doorstaan? Enzovoort. Soms meent een kabinet dat de regering gebonden is aan interpretaties in vorige kabinetsperiodes gedaan; soms relativeert zij deze binding. Soms ontwikkelt zich een heftig interpretatiedebat tussen de Eerste Kamerleden en de verdedigers van een initiatiefvoorstel over een kwestie die in de Tweede kamer niet speelde. Soms zijn er meerder- en minderheidsopvattingen af te lezen die niet in kameruitspraken zijn geformaliseerd. De rationales en motieven achter stellingnames verschillen bovendien niet zelden.

Samengevat: het ware wenselijk dat ook de Raad, zeker de Raad, zich nog eens uitlaat over het fenomeen interpretatie door de wetgever zoals hij dat ziet.

Tenslotte de *vier hervormingsvoorstellen* waarover de heer Hoekstra sprak: de verzwaarde motiveringsplicht voor de regering, de informele wetgevingslus, het tweede advies en het naar voren trekken in het wetstraject van het advies. Op eigen titel sprekend, maar wel vanuit mijn Eerste Kamerervaring, lijken mij deze voorstellen die gemeen hebben dat ze het constitutionele debat verder structureren en van te veel vrijblijvendheid verlossen een meerwaarde te bezitten. Wellicht kunnen ze, uiteraard na grondwetsherziening, zelfs dienen als een opmaat voor bijvoorbeeld een finale abstracte preventieve toetsing door de Raad. Maar over de wenselijkheid daarvan laat ik me wijselijk niet uit. Dat onderwerp zal waarschijnlijk terugkomen in het tweede deel van dit symposium.

Ik wil afsluiten met een pleidooi voor een assertievere betrokkenheid van de Raad van State bij initiatiefwetsvoorstellen, waarbij ik me bij co-referent Schutte aansluit, en voor een ruim maar zorgvuldig gebruik in constitutioneel geladen wetstrajecten door de Kamers van de mogelijkheid voorlichting te vragen zonder tussenkomst van de Kroon. De mogelijkheid daartoe is immers net geopend in de herziene Wet op de Raad van State. Zorgvuldig betekent dat de Kamers het zich tot een ereplicht rekenen om de gerezen vragen over de constitutionaliteit van een wetsvoorstel of delen daarvan exact te formuleren om verneveling van het constitutionele debat te voorkomen. Tevens dienen de Kamers weerstand te bieden aan de verleiding om adviesaanvragen als strategisch politiek '*Kampfmittel*' in te zetten.

Zaaldiscussie

De heer Jurgens (oud-lid Eerste Kamer der Staten-Generaal) maakt een opmerking over de probleemstelling die de Raad van State heeft gekozen bij de opdrachtverlening voor het - naar zijn mening overigens voortreffelijke - onderzoek dat aan de deelnemers voorafgaand aan het symposium is verzonden. Zijn bezwaar is gericht tegen het gebruik op deze plaats van het begrip 'constitutionele toetsing'. 'Toetsing' is in de staatsrechtbeoefening verbonden met het buiten toepassing laten van bepalingen van wetgeving, wanneer deze niet in overeenstemming is met de Grondwet. Dit is juist waartoe de rechter bevoegd is: hij kan een bepaling van lagere regelgeving in een concreet geval 'toetsen' aan de Grondwet - met uitzondering dus van de wet in formele zin - en hij kan die bepaling 'buiten toepassing laten'. De Raad van State kan als adviseur natuurlijk nooit 'buiten toepassing laten'. Daarom is spreker van mening dat een ander woord dan 'toetsing' te verkiezen is. Hij stelt voor gewoon de term 'interpretatie' te gebruiken.

De boeiende voorstellen die de heer Hoekstra heeft gedaan, zullen met meer nadruk naar voren brengen dat de Raad een rol heeft bij het aangeven dat de Grondwet op een bepaalde wijze moet worden uitgelegd. Lang geleden zou dit behulpzaam zijn geweest, nadat de Hoge Raad zijn rijschoolarrest had gewezen: de Hoge Raad achtte een gemeentelijke verordening, die beoogde de beunhazerij in het rijschoolwezen te bestrijden, in strijd met de Grondwetbepalingen inzake de onderwijsvrijheid.¹⁰ De wetgever - die immers op de eerste plaats geroepen is om de Grondwet uit te leggen - had daarna een wet moeten maken met de strekking dat het Grondwetartikel over onderwijsvrijheid niet slaat op het beteugelen van beunhazerij in het rijschoolwezen, en daarmee de uitspraak van de Hoge Raad terzijde moeten stellen. Dat heeft de wetgever niet aangedurfd, zodat het nog jaren heeft geduurd, voordat de Grondwet werd gewijzigd en op grond daarvan de beunhazerij kon worden bestreden.

Voor dergelijke gevallen zal het heel goed zijn, wanneer een onderdeel van het advies van de Raad van State uitdrukkelijk een interpretatie van de Grondwet behelst toegespitst op het voorliggende wetsvoorstel. Spreker maant het echter geen toetsing te noemen, omdat deze term de verwarring alleen maar groter maakt.

De heer Hoekstra preciseert dat de kern van hetgeen hij heeft willen zeggen, is dat er een verschil is tussen de beoordeling van een wetsvoorstel in het licht van de Grondwet en de wijze waarop rechterlijke toetsing functioneert. Spreker heeft

¹⁰ HR 10 december 1957, *NJ* 1958, 176.

er begrip voor dat het er in spraakgebruik nu eenmaal zo aan toegaat: men spreekt over 'rechterlijke toetsing'. Waar een rechter een uitspraak doet in een zaak die niets met 'constitutionele toetsing' te maken heeft, is er sprake van een 'rechterlijk oordeel' en een 'rechterlijke uitspraak'. Maar uiteindelijk gaat het spreker niet om de terminologie. 'Interpretatie' van de Grondwet door de Raad van State past bij zijn benadering dat de Raad van State geen finaal oordeel geeft. De term 'interpretatie' geeft ook meer ruimte. Zo bezien zou men kunnen zeggen dat het aan de wetgever is om aan de hand van de interpretatie door de Raad van State een nadere motivering te geven of een andere opvatting te huldigen. Waar het om gaat, is stimulering van het constitutioneel debat.

De vice-president beaamt dat in het kader van het onderzoek over het woord 'toetsing' eindeloos is gediscussieerd, in het bijzonder over de verhouding tussen 'toetsing' door de 'gewone' rechter, toetsing door een constitutioneel hof en 'toetsing' door een adviseur. De inhoud van die toetsing verschilt. Hij meent dat de term 'toetsing' bij de Raad van State in het spraakgebruik is gesloten, door het onderscheid bij de voorbereiding van de advisering door de Raad in een beleidsanalytische 'toets' en een juridische 'toets'. Naar zijn mening is het evenwel duidelijk dat de Raad binnen de huidige mogelijkheden geen bindend oordeel kan geven.

De heer Jurgens herhaalt dat het hem vooral gaat om dat element van het woord 'toetsing' waarin de betekenis van 'buiten toepassing laten' tot uitdrukking komt, dat een bindend oordeel impliceert. Het zou onjuist zijn de suggestie te wekken dat de activiteiten die de heer Hoekstra noemt een 'toetsing' inhouden, omdat die juist niet bindend zijn, maar wel een grote invloed kunnen hebben.

Mevrouw Quik (lid Eerste Kamer der Staten-Generaal en oud-rechter) is zeer benieuwd naar de verhouding van hetgeen bij dit symposium aan de orde wordt gesteld tot het voorstel-Halsema. Meer in het bijzonder werpt spreekster de vraag op of versterking van de rol van de Raad van State is ingegeven door een opvatting over de vraag of constitutionele toetsing door de rechter al dan niet zou moeten ingevoerd op de wijze die Halsema voorstelt.

De heer Hoekstra meent dat er geen direct verband bestaat tussen de beoordeling door de Raad van State van het voorstel-Halsema en hetgeen dit symposium beoogt: het leveren van een bijdrage aan de versterking van de constitutionele toetsing, of 'constitutionele interpretatie' in de terminologie van de heer Jurgens. Het symposium is primair gericht op wetgeving. Ook al zou rechterlijke toetsing

zoals beoogd door Halsema worden ingevoerd, dan nog kan het niet zo zijn dat constitutionele toetsing bij de voorbereiding van wetgeving minder aandacht zou moeten krijgen. Zoals eerder vanmiddag al is gezegd: *juist* wanneer men rechterlijke toetsing invoert, zal men de *ex ante* toetsing zeer goed op orde moeten hebben. Het moet niet zo zijn, dat de rechter op de stoel van de wetgever zal zitten. Positief geformuleerd: mocht het initiatiefvoorstel-Halsema worden gerealiseerd, dan kan dit een impuls vormen om *ex ante* er 'harder tegenaan te gaan'.

De vice-president merkt op dat advisering vooraf betrekking heeft op algemene regelingen, terwijl de rechterlijke toetsing volgens het voorstel-Halsema op het concrete geval wordt toegesneden. Dat verschil zal er altijd zijn, maar tegelijkertijd is er ook, zoals de heer Hoekstra zegt, een verbinding. Ten eerste heeft de Raad gerealiseerd dat het besef en de kennis van de Grondwet (of eigenlijk beter: de constitutie waarvan steeds meer ook de Europese constitutionele advisering deel uitmaakt; de Nederlandse grondwet en de Nederlandse constitutionele orde kunnen alleen nog maar worden geduid in onderlinge samenhang met de Europese) afneemt. Dit gegeven stelt extra eisen aan de Raad van State. Ten tweede geldt *a fortiori* dat aan die extra eisen moet zijn voldaan, mocht het voorstel-Halsema wet worden. Dan is het van belang dat aan het begin van het traject, nog voordat de wetgever beslist, duidelijk is wat constitutioneel wel en niet kan.

De heer Nap (Rijksuniversiteit Groningen) vraagt aan de inleider en co-referenten wat het volgens hen betekent dat de Raad van State geen finaal oordeel geeft. De heer Hoekstra en de heer Schutte hebben dit punt benadrukt. Bedoelen zij daarmee ook te zeggen dat de Raad zich in vergelijkbare gevallen nadien zou moeten schikken in het kennelijk betere en wijzere inzicht van de wetgever, wanneer de wetgever ondanks een negatief advies van de Raad van State toch persisteert en de wet in de voorgestelde vorm vaststelt? Of vinden zij dat het de Raad van State gegund is om te persisteren in zijn eigen inzichten en vast te houden aan hetgeen hij eerder heeft gezegd?

De dualisering van het gemeentebestuur bijvoorbeeld, kon rekenen op heftige kritiek, terwijl over de dualisering van de provincie een blanco advies werd uitgebracht. Ook is er een langjarige 'loopgravenoorlog' geweest tussen de Raad van State en de regering over de uitleg van het begrip 'internationale organisatie' in de zin van artikel 92 van de Grondwet.

De heer Jurgens wijst erop dat er bij advisering door de Raad van State over de grondwettigheid van een voorstel, want daar gaat het in deze casus ook over, altijd primair een relatie moet zijn met de Grondwet. Ook als de wetgever op enig moment in afwijking van een advies van de Raad van State een beslissing heeft genomen, kan daarmee niet voor alle gevallen, los van de concrete casus, een finaal oordeel door de wetgever gegeven zijn over wat in de toekomst de uitleg van de Grondwet zou moeten zijn. De eigen verantwoordelijkheid van de wetgever en van de Raad van State bij de advisering blijven bestaan.

De heer Dölle meldt dat het in ieder geval bij een deel van de kamerleden enige bevreemding heeft gewekt dat bij de dualisering van de gemeenten de overbrenging van de bestuursbevoegdheden in de omvang als werd voorgesteld 'op gespannen voet stond' met het hoofdschap van de raad, terwijl bij de dualisering van de provincie korte tijd later geheel werd gezwegen. Zo ontstond de indruk dat de Raad van State van oordeel was dat de eerdere uitleg van de Grondwet door de wetgever kennelijk een aanvaardbare uitleg was waarbij men zich neer kon leggen.

De heer Hoekstra stelt dat de praktijk van de advisering door de Raad van State is dat altijd wordt gekeken naar eventuele veranderingen in het wetsvoorstel. De Raad beoordeelt of deze van zodanige aard zijn dat, in afwijking van het standpunt van de wetgever naar aanleiding van het eerste advies, op het eerdere oordeel terug moet worden gekomen. Het tijdsverloop kan daarbij ook een rol spelen. Indien binnen de Raad zich een gevoel aftekent, dat men hoe dan ook een standpunt in moet nemen conform het eerder ingenomen standpunt, dan ligt het in de rede dat er een zogenaamd ministerieel overleg, een artikel 22-overleg, met de betrokken minister zal plaatsvinden. Heel objectief gezien, kijkt men naar de inhoud van het wetsvoorstel: wat zijn de veranderingen die hebben plaatsgevonden en onder welke omstandigheden.

De heer De Vries (lid van de Eerste Kamer der Staten-Generaal) stelt een vraag over de onhelderheid van de eigen opvatting van de Raad van State. Hem is niet duidelijk waarom steeds weer wordt bepleit dat de Raad van State zijn oordeel niet immer helder uiteen hoeft te zetten. Een adviseur moet toch weten wat hij zelf vindt. De dag voor het symposium bestudeerde hij de voorlichting inzake de door de Tweede Kamer aangenomen amendementen op het voorstel van wet over maatregelen ter bestrijding van voetbalvandalisme en ernstige overlast. Twee punten vielen hem op. In de eerste plaats oppert de Raad dat er strijdigheid zou kunnen zijn met een Europees verdrag, maar de Raad zegt niet dat het zo is of

dat de Raad dit vindt. Men zou kunnen zeggen: dat is beleefd. Het zou echter langzamerhand, in deze tijd, aanbeveling verdienen dat mensen gewoon zeggen wat ze vinden. Ten tweede valt op dat er een heel discours ontstaat met de minister van Justitie over de vraag hoe het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering moeten worden gelezen. Dat is reuze interessant - maar nu zit men daar als eenvoudig Eerste Kamerlid, geconfronteerd met die twee ingewikkelde verhalen naast elkaar. Het enige wat men te doen staat, is om dan zelf de boeken uit de kast te halen en te zeggen: ja, en dat vind ik er nu van. Het is denkbaar dat, wanneer er een verschil van mening is tussen de adviseur en de geadviseerde, er op de een of andere manier een vervolg wordt gegeven aan die gedachtewisseling, zodat degene die uiteindelijk profijt moeten hebben van dat advies, beter kunnen beoordelen wie er nu de sterkste kaart heeft. Anders deponeert de Raad het probleem bij de leden van de Kamers.

De vice-president merkt op dat de heer De Vries helder aangeeft waar het om gaat. Hij noemt één van de redenen waarom de Raad het rapport-Van Roosmalen (inmiddels alweer drie jaar oud) heeft laten opstellen. Halverwege het achterliggend decennium nam binnen de Raad de behoefte toe te weten hoe consistent de Raad is bij het hanteren van zijn constitutionele toets. Ten aanzien van bepaalde artikelen was het beeld al duidelijk. Zo is grote consistentie zichtbaar bij de uitleg van artikel 23 van de Grondwet. Door de jaren heen heeft de Raad daar consistent over geadviseerd. Over de vraag welke methoden de Raad hanteerde bij de uitleg van verschillende grondwetsartikelen, bekroop de leden het gevoel dat dit toch helderder op het netvlies zou moeten staan, zeker nu de kennis van de constitutie afneemt maar de belangstelling voor de betekenis van de Grondwet weer groeit. Daar is dit onderzoek uit voortgekomen: hoe heeft de Raad het tot nu toe gedaan, waar zijn leemten zichtbaar? Zou de Raad wellicht, waar er geen aanleiding is om kritische kanttekeningen te plaatsen als de Grondwet in het geding is, toch een (instemmende) opmerking moeten maken? Dit is de achtergrond van deze hele exercitie. De vice-president geeft aan dat de Raad zeer geholpen is met opmerkingen vanuit de Kamer over hetgeen de kamerleden in adviezen opvalt en vooral: missen.

De heer Van Dijk voelt zich aangesproken door het uitstapje dat de heer De Vries maakte naar de toetsing aan het EVRM. Bij het EVRM speelt een zekere complicatie: het gaat namelijk in de meeste gevallen niet om de vraag of een bepaalde wet in strijd is met een artikel van het EVRM, maar of de toepassing van die wet daarmee in strijd is. Dat is heel moeilijk van tevoren te voorzien. Daarom heeft de Raad in het advies dat de heer De Vries noemde, een aantal modaliteiten van toepassing aangegeven. Dat leidt de Raad dan tot de conclusie

dat er gevaar bestaat voor schending in de toekomst. Bovendien is er bij het EVRM natuurlijk in de meeste gevallen een margin of discretion voor de nationale autoriteiten. Dat maakt het ook moeilijker, zo lang de margin nog niet concreet is ingevuld met de toepassing, tot een definitief oordeel te komen over de verenigbaarheid van het EVRM.

De heer Schinkelshoek (lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal) is in aansluiting op het pleidooi van de heer De Vries benieuwd naar een reactie van de kant van de Raad van State op het pleidooi van de heer Schutte om meer 'onbevangen' te adviseren in de richting van de Staten-Generaal. Spreker vraagt zich af of daar sprake is van een vorm van 'koud water'-vrees.

Zijn tweede vraag is gericht aan hen die beschikken over royale parlementaire ervaring: wat vinden zij van de optie, die in de fraaie bundel is verscholen, om te komen tot een parlementaire commissie voor constitutionele aangelegenheden? Zou deze een bijdrage kunnen leveren aan het helderder verstaan van en omgaan met de Grondwet en constitutionele aangelegenheden aan het Binnenhof?

De heer Schutte acht de laatstgenoemde optie een van de hem het minst aansprekende onderdelen van de bundel. Deze herinnert hem aan discussies van weleer die lang geleden in de Tweede Kamer werden gevoerd over de vraag om een speciale commissie in te stellen die de juridische aspecten, de wetstechnische aspecten, de constitutionele aspecten van wetsvoorstellen en dergelijke beoordeelt. Dat lijkt heel sympathiek, maar het uitgangspunt is voor spreker dat er 150 leden van de Tweede Kamer en 75 van de Eerste Kamer zijn die de eed op de Grondwet hebben afgelegd. Die verantwoordelijkheid kan men niet delegeren aan een commissie.

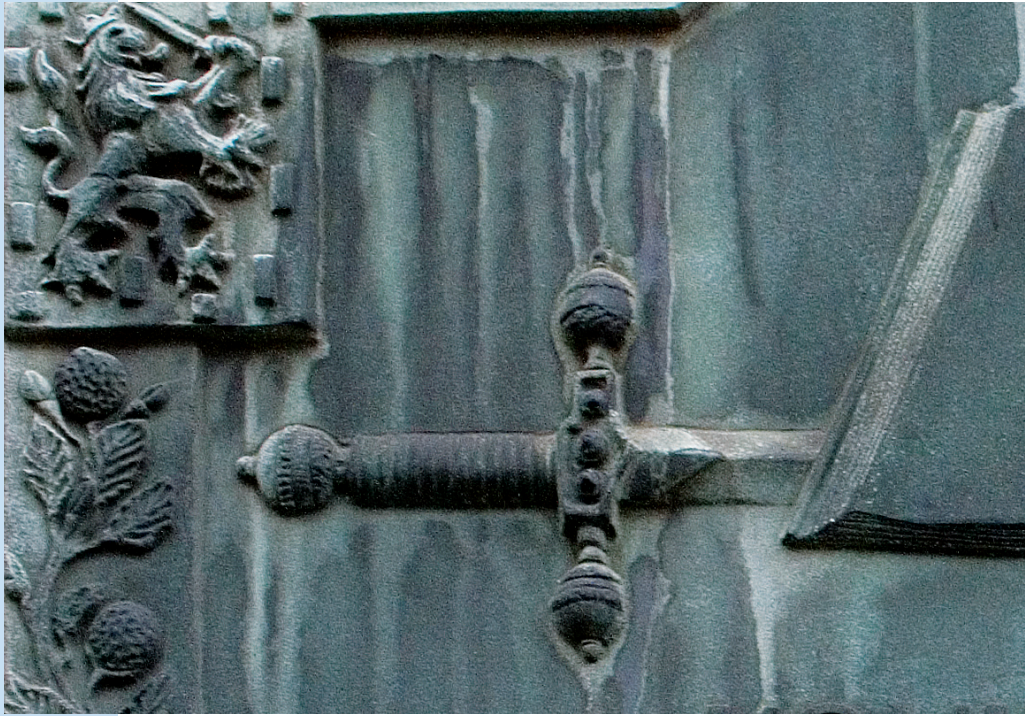
De heer Dölle kan zich voorstellen dat, wanneer een dergelijke commissie oordeelt dat modaliteit a, b of c de beste is, al snel de gedachte kan ontstaan dat daarmee ook dé uitleg van de Grondwet is gegeven. Spreker kan zich wel voorstellen dat het Parlement het nodig vindt om een sterkere constitutionele antenne in de kamers op te stellen en dat bijvoorbeeld een dergelijke commissie zich over adviezen van de Raad van State zou buigen voordat ze in kamercommissies worden overwogen. Hij benadrukt echter beducht te zijn voor een commissie die de indruk vestigt dat het laatste woord over de uitleg van de Grondwet is gesproken, als over een bepaalde kwestie overeenstemming wordt bereikt. Spreker wijst ter illustratie op de onderwijs sfeer waarbinnen zich duidelijk een 'seculiere meerderheid' aftekent in beide Kamers, die geneigd is om de uitleg van het

onderwijsartikel op zeer eigen wijze te zien. Een etiket van goedkeuring door de constitutionele commissie mag niet automatisch ertoe leiden dat daarmee een gerechtvaardigde uitleg een feit is. Zijn voorkeur gaat dan uit naar een heteronoom extern advies, zoals thans door de Raad van State of in een verre toekomst op een andere wijze.

De heer Hoekstra ziet meer in versterking van de constitutionele toetsing door individuele kamerleden en van de toerusting daartoe. Dat is inherent aan de eed van trouw aan de Grondwet die ieder Kamerlid aflegt.

Wat betreft de eerste vraag wijst spreker op de historie van advisering over initiatiefvoorstellen. Een initiatiefvoorstel pleegde vroeger de Raad van State niet al bij indiening te bereiken; pas in de fase van bekrachtiging werd het aan de regering en Raad van State voorgelegd. Tegenwoordig wordt de Raad van State onmiddellijk geraadpleegd over een ingediend initiatiefvoorstel. Daarop volgt dan nog de parlementaire behandeling. Sinds de introductie van de rechtstreekse advisering over initiatiefvoorstellen van wetten heeft de Raad niet via een uitgesproken dictum een voorstel willen ontraden of stimuleren. Deze adviezen krijgen dan ook geen afsluitend dictum. Dat is de oude redenering. De discussie of men nu (vanwege de helderheid) wel zou moeten komen tot een dictum speelt volop in de Raad van State. Het past echter primair om in het advies zelf meer helderheid te betrachten. Een dictum kan daarop volgen, maar is niet zaligmakend.

De vice-president beaamt dat adviezen over initiatiefvoorstellen nooit met een dictum eindigen. Dit heeft de Raad tot nu toe steeds geweigerd, omdat een initiatiefvoorstel op een geheel andere wijze en in een andere voorbereidingsfase aan de Raad wordt voorgelegd. De vraag rijst of deze praktijk in dezelfde mate bij constitutionele vragen moet worden gevolgd. In die gevallen is 'helderheid' eens te meer van belang.



Vergezichten op constitutionele toetsing

Constitutionele toetsing in toekomstig perspectief

door staatsraad mr. P. van Dijk

1 Inleiding

In hun gezamenlijke essay in het kader van het door hen uitgevoerde Grondwetproject komen Jurgen de Poorter en Marjolein van Roosmalen, op basis van hun analyse van de grondwettelijke toetsing in het wetgevingstraject in de afgelopen jaren, ook tot een aantal beschouwingen over mogelijkheden deze toetsing in de toekomst te verbeteren, te versterken en eventueel institutioneel uit te bouwen.

Een aantal mogelijke verbeterpunten die onder het thans geldende grondwettelijke regiem gerealiseerd kunnen worden, is vóór de pauze aan de orde geweest.

Mij is gevraagd ter inleiding van de discussie iets te zeggen over de in het essay genoemde 'vergezichten'; institutionele en procedurele maatregelen ter versterking van de constitutionele toetsing die wel grondwetswijziging zouden vereisen.

2 Verbeterpunten

Sta mij toe toch heel kort nog iets te zeggen over de 'verbeterpunten'. Voor de gasten van deze middag kan het nuttig zijn erop te wijzen dat het afgelopen jaar op een aantal punten al verbeteringen van de constitutionele toetsing in de adviesfunctie van de Raad van State zijn doorgevoerd. Er wordt extra aandacht en ook tijd besteed aan de vraag of een bepaald wetsvoorstel of ontwerpbesluit een of meer constitutionele vragen oproept en tot welk oordeel de toetsing daaraan leidt. Het vorig jaar ingestelde Constitutioneel Beraad vervult daarbij een ondersteunende functie, maar het komt zeker ook aan op de alertheid van de directie Wetgeving en van de rapporteur bij het signaleren van constitutionele vraagpunten en de bereidheid daaraan van meet af aan volle aandacht te geven.

2.1 *Het Constitutioneel Beraad*

Het Constitutioneel Beraad heeft de mogelijkheid in zijn preadviezen de constitutionele vragen die in het kader van de advisering (en van de rechtspraak) opkomen, breed en diep te belichten aan de hand van de verschillende interpretatiemethoden en in het licht van de nationale en internationale jurisprudentie. De functie van het Beraad is in dat opzicht enigszins te vergelijken met die van een parket bij een rechtsprekend college. Rapporteur en afdeling, en ten slotte

de Raad, zijn uiteraard niet aan het preadvies gebonden en kunnen daaruit een selectie van aandachtspunten en argumenten maken, en ook de conclusies in eigen bewoordingen gieten.

Blijft van belang dat de Raad expliciet aangeeft dat en langs welke weg hij de toetsing verricht en tot een zo duidelijk mogelijke conclusie komt. Daarbij kan de Raad ervoor kiezen om, in navolging, of juist in afwijking van het preadvies, zijn oordeel ertoe te beperken dat er bij hem twijfel bestaat over de vraag of sprake is van strijd met een of meer constitutionele bepalingen of beginselen, door bijvoorbeeld te spreken van 'staat op gespannen voet met' in plaats van 'is in strijd met', mits ook het waarom van die twijfel duidelijk wordt gemotiveerd.

De toegevoegde waarde van het preadvies is dat het een brede en, naar mag worden verwacht, goed gedocumenteerde belichting van de aan de orde zijnde constitutionele problematiek biedt die ook voor latere adviezen een nuttige functie kan vervullen en daarmee tevens bijdraagt aan de consistentie van de advisering. Van geval tot geval zal moeten worden bekeken of het opportuun is het preadvies openbaar te maken. Als de Raad van het preadvies afwijkt, ligt dat minder voor de hand; voor minderheidsadviezen kent de Raad nu eenmaal een speciale procedure, waarvan slechts uiterst sporadisch gebruik wordt gemaakt.

Deze recente ontwikkeling in de constitutionele toetsing door de Raad mag zeker ook gerekend worden tot de hierboven genoemde verbeterpunten; meer systematische aandacht voor en een expliciete, dieper en breder gemotiveerde en meer consistente toetsing zullen een positieve invloed hebben op het gezag van de adviezen binnen en buiten het wetgevingsproces, en daarmee de toetsende functie van de Raad versterken. De toetsing moet zo klemmend zijn gemotiveerd en toegelicht dat men 'er niet om heen kan'.

2.2 Departementaal overleg

Van mijn kant zou ik een suggestie voor nog een verbeterpunt willen toevoegen. Het zou naar mijn mening de kwaliteit van de advisering en de daarin besloten liggende dialoog met de wetgever ten goede komen, wanneer in zich daarvoor lenende gevallen de rapporteur of de afdeling om de tafel gaat zitten met een of meer van de ambtenaren die bij de opstelling van het voorliggende voorstel zijn betrokken, ten einde met hen van gedachten te kunnen wisselen over de achtergronden van bepaalde onderdelen van het voorstel en de memorie van toelichting. die manier kan worden voorkomen dat er misverstanden ontstaan en de dialoog in feite een langs elkaar heen praten wordt.

Dit zou een veel lichtere vorm zijn van het zogenaamde artikel 22-overleg, dat met de eerst verantwoordelijke bewindspersoon zelf plaats vindt en waar begrijpelijkerwijs slechts in bijzondere gevallen en in een laat stadium van de advisering gebruik van wordt gemaakt. Een dergelijk verkennende overleg met bij de voorbereiding betrokken ambtenaren vormt bij de Franse Raad van State vast gebruik en vindt ook bij de Belgische Raad van State toepassing.

3 Vergezichten

En dan nu het aan mij ter becommentariëring toegewezen onderdeel van het essay: de vergezichten van de constitutionele toetsing. Bij de bespreking daarvan bezit ik grotere vrijheid: ik ben niet gebonden aan het bestaande wettelijke kader noch aan de bestaande praktijk en kan enigszins provoceren zonder daarmee iemand voor het hoofd te stoten, omdat het allemaal verre toekomstmuziek zou betreffen.

3.1. Bindende abstracte toetsing

Wat betreft het vergezicht van een bindende abstracte toetsing van wetten vóór hun inwerkingtreding ben ik zeer aarzelend, althans wanneer enerzijds de verbeterpunten voor het wetgevingsproces bij alle participanten in dat proces worden doorgevoerd en anderzijds het hierna nog te bespreken vergezicht van de concrete constitutionele toetsing realiteit wordt. Naar mijn mening past het niet goed in ons grondwettelijk stelsel waarin de wetgevende bevoegdheid bij regering en parlement berust, dat over het eindresultaat van het wetgevingsproces een bindend en eventueel letterlijk vernietigend oordeel wordt gegeven door een instantie die haar legitimatie noch aan een democratische verkiezing ontleent noch aan een per definitie grotere deskundigheid dan in het wetgevingsproces aanwezig is geweest. Per slot van rekening bevinden we ons hier nog in het wetgevingsproces.

Wanneer de dialoog tussen alle participanten in dat proces, waartoe ik dan ook de Raad van State en, afhankelijk van het onderwerp, andere adviescolleges reken, de volle ruimte krijgt, zie ik niet in dat dit proces het keurmerk van een buiten dat proces staande instantie behoeft. Ik besef wel degelijk dat de uitkomst van deze dialoog politiek bepaald kan zijn en dat een politieke minderheid daarbij overstemd kan zijn, maar het lijkt me niet de taak van de Raad van State of enige andere instantie daarbij als arbiter op te treden zonder dat hem een concrete situatie is voorgelegd waarin de effecten van de toepassing van de desbetreffende

wet aan de orde zijn. Ook het beginsel van de rechtsstaat verlangt mijns inziens niet een dergelijke bindende abstracte toetsing; overheidshandelingen moeten op hun rechtmatigheid kunnen worden getoetst, maar alleen wanneer een burger daarom ter bescherming van zijn rechten of belangen vraagt.

Ik weet dat in verschillende rechtssystemen, waaronder het Belgische, de bindende abstracte toetsing wel bestaat en daar zeker niet als ondemocratisch wordt ervaren, maar de invoering daarvan kende steeds haar eigen achtergrond en context. Voorzitter Bossuyt zal ons straks meer over de Belgische achtergrond vertellen.

3.2. Concrete constitutionele toetsing

Dat brengt mij op het vergezicht van concrete constitutionele toetsing over de hele lijn. Het voorstel-Halsema zou rechterlijke grondwettelijke toetsing uitbreiden tot wetten, maar dan slechts toetsing aan met name genoemde grondrechtelijke bepalingen van de Grondwet. Hoewel een dergelijke uitbreiding volgens velen niet in een dringende behoefte voorziet, omdat deze toetsing vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming niet erg veel zal toevoegen aan de toetsing aan op dezelfde grondrechten betrekking hebbende internationale normen, zou invoering van die mogelijkheid voor de emancipatie van de Grondwet mijns inziens toch belangrijk zijn.¹¹

De rechter, maar ook de wetgever, dringt nu vaak onmiddellijk door naar toetsing aan internationale normen, zodat het specifieke van eveneens toepasselijke grondwetsbepalingen vaak onterecht - of voor de rechter: noodgedwongen - buiten beschouwing blijft. Maar wat belangrijker is: naar mijn mening zou de concrete constitutionele toetsing op den duur niet alleen de grondrechtelijke bepalingen van de Grondwet moeten omsluiten, maar ook de institutionele en procedurele voorschriften en het ongeschreven constitutionele recht. Dat zal wetgever en bestuur, maar de samenleving in haar geheel, meer bewust maken van deze voorschriften en daarmee de plaats van de Grondwet in ons rechtsbewustzijn versterken.

Door wie dient die toets dan te worden verricht? Kiezen we voor een gespreide of voor een gecentraliseerde toetsing of - waar het bij een dergelijke keuze meestal op uit pleegt te draaien - op een tussenvorm? Hoewel de jarenlange ervaring met gespreide toetsing door de rechter aan internationale normen over het geheel genomen gunstig zijn, doet zich soms treffend het gebrek aan een

¹¹ Zie W.J. Witteveen, *Evenwicht der machten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 85-86.

rechtseenheidvoorziening voelen, zoals onlangs bleek in de zaak van de SGP, waarin de Hoge Raad een wezenlijk andere afweging tussen internationale normen maakte dan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State anderhalf jaar eerder had gedaan.

Bij de toetsing aan internationaal recht is er in zekere zin al een rechtseenheidvoorziening in de vorm van beroep op het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, respectievelijk de prejudiciële voorziening bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.¹² Althans, die rechtseenheidvoorziening was er tot voor kort, maar de situatie is gecompliceerder geworden door het van kracht worden van het EU Handvest van de Grondrechten. Is een bepaling uit het Handvest van toepassing, omdat er sprake is van een situatie die valt binnen de invloedssfeer van het Unierecht, dan moet de Nederlandse rechter een vraag van uitleg voorleggen aan het Hof van Justitie van de EU. Dat Hof zal weliswaar aansluiting zoeken bij de Straatsburgse rechtspraak,¹³ maar het Straatsburgse Hof kan daarover geen rechtstreekse controle uitoefenen zolang de EU geen partij bij het EVRM is.¹⁴ Het zogenaamde 'equivalentiebeginsel' heeft tot nu toe voor een, zij het wankel, evenwicht gezorgd,¹⁵ maar bij de grote stroom arresten die in Luxemburg en Straatsburg worden gewezen, zal een uiteenlopende rechtspraak vrijwel niet te voorkomen zijn. Dat plaatst de Nederlandse autoriteiten, waaronder in het bijzonder de rechter, in een moeilijke situatie: de door Luxemburg gegeven interpretatie moet worden gevolgd, maar met het risico dat met succes een klacht in Straatsburg wordt ingediend.

Wat daarvan zij, bij toetsing aan de Grondwet zou deze rechtseenheidvoorziening er voor de Nederlandse rechter op dit moment in elk geval niet zijn.¹⁶ Wel zou hij in een model van gespreide toetsing uniformiteit in uitleg en toepassing

¹² G. van der Schyff, 'Waarom het wetsvoorstel-Halsema tekort schiet. Mythes rondom het verdragsargument', *NJB* 2009, p. 2408-2414, 2411; J. Callewaert, "Unionisation' and 'Conventionalisation' of Fundamental Rights in Europe: the Interplay between Union and Convention Law and its Impact on the Domestic Legal System of the Member States', in: J. Wouters (red.), *The Europeanisation of International Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2008, p. 120 (128).

¹³ Zie artikel 52, derde lid, van het Handvest.

¹⁴ In die toetreding voorzien zowel artikel 6, tweede lid, Verdrag van de Europese Unie als Protocol no. XIV bij het EVRM.

¹⁵ Zie EHRM, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi t. Ierland*, arrest van 30 juni 2005.

¹⁶ Zie E.A. Alkema, 'Replik: Toetsing door een speciaal constitutioneel hof', *NJCM-Bulletin* 2007, p. 792 (796).

kunnen nastreven via de al bestaande kanalen van overleg tussen de hoogste rechterlijke colleges.¹⁷ En in feite zal ook bij de grondwettelijke toets de internationale jurisprudentie een belangrijke leidraad vormen via de verdragsconforme uitleg, aangezien de Nederlandse rechter bij een grondwettelijke toets van wetten zeker ook de Straatsburgse en Luxemburgse jurisprudentie in het oog zal houden, zoals op dit moment de wetgever, en de Raad van State in zijn wetgevingsadviezen, doet. Althans, dat zal het geval zijn, wanneer het vergelijkbare normen betreft en het er om gaat het internationaal vastgelegde minimumniveau van bescherming te handhaven; daar zal de Nederlandse rechter met zijn uitleg van nationale constitutionele bepalingen en beginselen immers niet onder mogen komen.

Maar boven dat minimum uitkomen mag wel, mits dat niet tot ongelijke behandeling leidt;¹⁸ artikel 53 van het EVRM voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid dat op basis van het nationale recht of andere internationale verplichtingen een hogere bescherming wordt toegekend, mits deze niet is gebaseerd op uitleg van het EVRM¹⁹ maar van die andere norm van nationaal of internationaal recht. Die hogere bescherming kan ook voortvloeien uit de interpretatie van een nationale wettelijke bepaling in overeenstemming met de Grondwet of een constitutioneel beginsel. Dan wordt in feite de verdragsbepaling buiten spel gezet en de Grondwet op de voorgrond geplaatst. Hier werkt het internationale kompas niet meer, althans zolang de hogere bescherming van het ene grondrecht niet leidt tot een inbreuk op een ander grondrecht.

Dat kompas werkt ook niet, wanneer er nog geen internationale rechtspraak is, die rechtspraak onduidelijk is, of daarin een ruime beoordelingsruimte aan de autoriteiten van de lidstaten wordt gelaten.²⁰ En ten slotte moet niet worden uitgesloten dat de Nederlandse rechter een door het Straatsburgse Hof gegeven uitleg zodanig onjuist acht of zo slecht vindt passen op de bij hem voorliggende

¹⁷ Zie G.K. Schoep en K. Teuben, 'Rechterlijke samenwerking', in: E.R. Muller en C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke macht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 403-431. Zie ook de brief van de minister van Justitie van 21 januari 2010 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer over 'Eenheid bestuursrechtspraak'.

¹⁸ EHRM 22 januari 2008, *E.B. t. Frankrijk*, § 49.

¹⁹ Zie HR 24 september 2004, *NJ* 2005, 16.

²⁰ Zie J.H. Gerards, 'Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen - hoe moet de rechter daarmee omgaan?', *TCR* 2010, p. 224.

feiten en omstandigheden, dat hij in het kader van de 'dialogue entre juges' een nuance aanbrengt of zelfs met zoveel woorden aangeeft dat en waarom hij het straatsburgse Hof niet volgt.²¹

De zaak wordt nog extra gecompliceerd - en ik zou bijna zeggen: pikant - in een stelsel zoals het Belgische en Franse, waar de toetsing van wetten aan internationale normen aan een andere rechter is toevertrouwd dan de toetsing aan grondwettelijke bepalingen, hetgeen om een extra formele of 'spontane' rechtseenheidvoorziening vraagt.

Hoewel de jurisprudentie inzake de toetsing van wetten aan internationale normen een positief beeld laat zien en in veel opzichten al bruikbare lijnen bevat voor grondwettelijke toetsing van wetten, vraagt constitutionele toetsing, zeker als ook de institutionele en procedurele bepalingen van de Grondwet in de toetsing worden betrokken, ook naar mijn mening om een zodanig specifieke benadering, dat deze toetsing idealiter een rechterlijke instantie met een aangepaste samenstelling en benoemingsprocedure vereist. Die rechterlijke instantie krijgt immers een zeer bijzondere positie in de constitutionele verhouding, of zo men wil samenwerking, tussen wetgever en rechter en zijn uitspraken kunnen politiek en maatschappelijk zeer ingrijpende gevolgen hebben, waardoor het voor de hand ligt - ik zou zeggen: vereist is - dat die rechterlijke instantie deze gevolgen bij de wijze van toetsing en de formulering van de uitkomst van de toetsing scherp in de gaten houdt. Natuurlijk worden ook bij de 'gewone' rechtspraak de gevolgen van de uitspraak meegewogen, maar dan toch altijd formeel binnen een exclusief juridische toepassing van het recht, terwijl aan de constitutionele rechter mijns inziens meer ruimte dient toe te komen om maatschappelijke gevolgen in aanmerking te nemen en met het oog daarop bijvoorbeeld wel bepaalde constitutionele knelpunten aan de orde te stellen, maar daaruit (nog) niet alle consequenties te trekken. Zwart-wit gezegd: het gaat bij constitutionele toetsing meer om nadere invulling en concretisering van rechtsbeginselen dan om de toepassing van rechtsregels.²² Maar daarover zal mijn hooggeachte co-referent met heel wat meer gezag kunnen spreken dan ik.

²¹ Vgl. Bunderverwaltungsgericht 14 oktober 2004, *Görgülü*, 2BvR 1481/04, punt 32.

Zie ook S.K. Martens, 'Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de nationale rechter', *NJCM-Bulletin* 2000, p. 753 (759).

²² Zie M. Rosenfeld, 'Constitutional adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts', *International Journal of Constitutional Law* 2004, p. 633-635.

Wat ik wil betogen is dat, wanneer het gaat om toetsing aan internationaal recht, en met name aan het EVRM en het recht van de Europese Unie, de nationale rechter weet dat hij optreedt als schakel in een internationale keten, met een beroepsmogelijkheid op het Straatsburgse Hof respectievelijk de prejudiciële procedure in Luxemburg. Dat laat aan de nationale rechter veel minder beoordelingsruimte. Daaruit valt ook te verklaren dat in sommige rechtsstelsels die toetsing aan internationaal constitutioneel recht bij de 'gewone' rechtspraak is gebleven en alleen voor de toetsing aan nationaal constitutioneel recht een bijzondere grondwettelijke instantie in het leven is geroepen.

Zou die tweedeling in de toekomst ook voor Nederland te verkiezen zijn? Men zou in eerste instantie, bij wijze van tussenvorm, kunnen denken aan de hierboven reeds genoemde rechtseenheidkamer, samengesteld uit leden van de hoogste rechterlijke instanties, waaraan de rechter vragen inzake de verenigbaarheid van wetten met nationaal constitutioneel recht zou moeten en vragen van verenigbaarheid met internationaal constitutioneel recht zou kunnen voorleggen. Uit die rechtseenheidkamer zou zich na verloop van tijd een afzonderlijk, uit leden van de hoogste rechterlijke colleges gerekruteerd constitutioneel hof kunnen ontwikkelen, eventueel aangevuld met externe leden. Bij de samenstelling van dat constitutioneel hof zou de Staten-Generaal, met het oog op die constitutionele toetsende taak, op enigerlei wijze kunnen worden betrokken.

Nu ik hier spreek op een symposium van de Raad van State met als algemeen thema 'Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State', zij het mij vergund ook een vergezicht aan de orde te stellen waarbij de Raad van State zich vanuit zijn huidige taak van constitutionele toetsing bij de wetgevingsadvisering tevens ontwikkelt tot een constitutionele raad; dit als toepassing van het door Van der Hoeven bepleitte functionele model, waarin het beslissen over de grondwettigheid van een formele wet als een werkzaamheid wordt gezien die weliswaar niet identiek is aan de wetgevende arbeid maar daaraan wel verwant is.²³

Van de ene kant zou daartegen kunnen worden aangevoerd dat het wat merkwaardig zou zijn, wanneer een instantie die in het kader van het wetgevingsproces heeft geadviseerd en daarbij de constitutionele toets ten volle heeft kunnen verrichten, na de inwerkingtreding van de wet opnieuw bij een dergelijke toets is betrokken, die dan tot een bindende uitspraak zou leiden. Daar kan tegenover worden gesteld dat de Raad juist dank zij zijn adviserende en rechtsprekende rol

²³ J. van der Hoeven, 'Toetsen aan de Grondwet. Hoe en door wie?', *NJB* 1991, p. 784 en 786.

bij uitstek over de gemeenschappelijke kennis en ervaring beschikt om een dergelijke constitutionele toets met zijn hierboven door mij aangeduide specifieke karaktertrekken te verrichten. Bovendien zou het geen volledige herhaling van zetten zijn. In de eerste plaats kan de Raad bij de tweede toets de beraadslagingen die tussen de Staten-Generaal en de regering hebben plaatsgevonden over de constitutionele aspecten ten volle meenemen, maar bovendien kunnen bij een concrete toets naar aanleiding van een bij de toepassing van de wet gerezen geschil, omstandigheden, rechtsontwikkelingen of maatschappelijke ontwikkelingen aan de orde zijn die in het wetgevingsproces nog niet waren te voorzien. En de leden van de Raad van State die bij de concrete constitutionele toetsing betrokken zouden zijn, behoeven niet - of niet allemaal - dezelfde te zijn als degenen die bij de advisering betrokken zijn geweest; ook in dat opzicht zou naar een goed Procola-evenwicht moeten worden gezocht, waarvoor de jurisprudentie uit Straatsburg inmiddels voldoende ruimte biedt.

Maar wellicht ben ik met deze beschouwing, gezien ook de recente discussie in de Eerste Kamer over de herstructurering van de Raad van State, mijn tijd vooruit of loop ik juist achter de feiten aan.

4 Relatie internationaal recht - Grondwet

Ten slotte nog enige beschouwingen over de relatie tussen het internationale recht en het nationale constitutionele recht.

Dat enerzijds sinds 1953 in de Grondwet de verplichting voor de rechter is opgenomen de wet en ook de Grondwet buiten toepassing te laten, wanneer die toepassing strijd oplevert met een of meer een ieder verbindende bepalingen van verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties, terwijl anderzijds het sinds 1848 in de Grondwet opgenomen verbod voor de rechter om wetten en verdragen aan de grondwet te toetsen is gehandhaafd, heeft tot consequentie dat in rechterlijke procedures in feite wetten dezelfde rang hebben als de Grondwet, terwijl aan een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht voorrang toekomt. Dit kan ertoe leiden dat de wet buiten toepassing wordt gelaten op grond van een verdragsbepaling die zelf in strijd is met de Grondwet, zonder dat bij de goedkeuring van dat verdrag de verzwaarde procedure van artikel 91, derde lid, Grondwet is gevolgd, of buiten toepassing wordt gelaten op grond van een besluit van een internationale organisatie dat niet met de in Nederland geldende democratische procedures tot stand is gekomen en waarvoor een

verzwaard goedkeuringsrecht al helemaal niet geldt. Dat maakt ons nationale constitutionele rechtssysteem, althans in theorie, kwetsbaar voor de internationale wetgever. Er gaan dan ook steeds meer stemmen op om zekere beperking te stellen aan de voorrang van het internationale recht boven de eigen constitutionele rechtsorde.

Besselink en Wessel opperen in hun rapport over *De ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht* de mogelijkheid te bepalen dat de Grondwet alleen moet wijken voor die verdragen, die met de verzwaarde procedure van artikel 91, derde lid, van de Grondwet zijn goedgekeurd, omdat in die gevallen in zekere zin via die goedkeuring een wijziging op de Grondwet is aangebracht.²⁴ De Raad van State heeft in zijn advies over de instelling en taakopdracht van de Staatscommissie tot herziening van de Grondwet voorgesteld een uitzondering op die voorrang te maken, wanneer het gaat om wezenlijke constitutionele waarden.²⁵

Het voorstel van Besselink en Wessel schept duidelijkheid maar ook een groot probleem. De praktijk leert immers dat de wetgever bij de goedkeuring van verdragen zeer restrictief is met het toepassing van de verzwaarde goedkeuringsprocedure. Zou de rechter in alle gevallen waarin dat niet is gebeurd, het verdrag alsnog kunnen toetsen aan de Grondwet en bij geconstateerde strijdigheid buiten toepassing moeten laten, dan zou grote rechtsonzekerheid en een niet te overziene volkenrechtelijke aansprakelijkheid voor Nederland ontstaan, aangezien Nederland internationaal wel aan het goedgekeurde verdrag gebonden is. Anderzijds biedt het voorstel geen oplossing voor de toets van besluiten van internationale organisaties aan de Grondwet, omdat voor de totstandkoming daarvan geen mogelijkheid van verzwaarde instemming bestaat, terwijl de kans dat een dergelijk besluit op gespannen voeten staat met de Grondwet, juist vele malen groter is.

Het voorstel van de Raad van State is enerzijds flexibeler en anderzijds restrictiever, maar biedt weinig houvast zolang over die wezenlijke constitutionele waarden geen duidelijkheid en overeenstemming bestaat. Het is daarmee gesteld zoals met menig moeilijk te definiëren beginsel: het is moeilijk een sluitende omschrijving te geven, maar men weet wel degelijk wanneer men ermee te

²⁴ L.F.M. Besselink en R.A. Wessel, *De invloed van de ontwikkeling van de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht: Een 'neo-monistische' benadering*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2009, p. 97-98.

²⁵ *Kamerstukken II 2007-2008*, 31 570, nr. 3, § 4.2.3.

maken heeft. Het eerder genoemde Constitutioneel Beraad van de Raad van State verricht momenteel samen met onderzoekers van de universiteit Leiden een studie van de inhoud en reikwijdte van het begrip 'rechtsstaat'; vermoedelijk zal die studie een opsomming van enkele van deze constitutionele waarden opleveren. Ook in het voorstel van de Raad van State blijft er het probleem van de volkenrechtelijke aansprakelijkheid, maar die zal zich naar verwacht mag worden slechts in een zeer beperkt aantal gevallen voordoen, omdat van strijd met fundamentele constitutionele beginselen slechts zelden sprake zal zijn.

Wat daarvan zij, beide denkrichtingen versterken mijns inziens het argument dat ook met het oog op deze complicatie constitutionele toetsing uiteindelijk in handen zou moeten worden gelegd van een instantie die daarvoor specifiek is toegerust en daarvoor over de vereiste legitimatie beschikt.

5 Slotopmerking

Wij mogen concluderen dat er op het terrein van de constitutionele toetsing nog veel werk aan de winkel is, voor de wetgever in de eerste plaats, maar op dit moment heel in het bijzonder voor de Staatscommissie tot herziening van de Grondwet, en in een later stadium voor de Raad van State bij de advisering van daarop betrekking hebbende voorstellen. Daarbij zal enerzijds inspiratie worden gevonden in de uitwisseling van opvattingen, ideeën en voorstellen waarvoor bijeenkomsten als deze middag gelegenheid bieden en anderzijds geput kunnen worden uit de rijke bron van het wetenschappelijk discours. Maar vooral is het nuttig te rade te gaan bij ervaringen met constitutionele toetsing in landen die op dat gebied een ruime en gevarieerde ervaring hebben.

Naast een grote eer acht ik het dan ook buitengewoon nuttig dat de Voorzitter van het Grondwettelijk Hof van België bereid is op mijn verkennende opmerkingen te reageren en daarbij in te gaan op de ervaringen in België, waar alles altijd anders is en toch zoveel hetzelfde.

Constitutionele toetsing in België

door em. prof. dr. M. Bossuyt, Voorzitter van het Grondwettelijk Hof van België²⁶

1 Zoals in Nederland de wet onschendbaar is, is ze dat ook lange tijd in België geweest. En dit ondanks het feit dat, in tegenstelling tot Nederland, waar artikel 120 van de Grondwet de toetsing van wetten aan de Grondwet verbiedt, de Belgische Grondwet van 1831 de rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet niet uitdrukkelijk had uitgesloten. Sinds 1849 was er echter vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie volgens dewelke het de rechter niet toekwam de wet te toetsen aan de Grondwet.²⁷ De rechter was wel bevoegd om de grondwettigheid van de lagere regelgeving te beoordelen.²⁸ Deze situatie is fundamenteel gewijzigd, nu België een Grondwettelijk Hof heeft dat bevoegd is om *ex post* de grondwettigheid van wetten te beoordelen. Daarnaast bestaat er ook nog een preventieve constitutionele toetsing (*ex ante*) door de Raad van State.

2 Aan het dogma van de onschendbaarheid van de wet werd in België immers geraakt voor het eerst toen in 1946 de Raad van State werd opgericht. De Belgische Raad van State bestaat uit een afdeling bestuursrechtspraak, die fungeert als het hoogste administratief rechtscollege, en een afdeling wetgeving, die de wetgever legistische hulp verschaft bij het opmaken van wetteksten en daarbij ook de conformiteit met de Grondwet onderzoekt.²⁹ De adviezen van de Raad van State zijn niet bindend en de wetgever legt deze adviezen wel eens naast zich neer. Er wordt ook vaak gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de verplichting om het advies van de Raad van State in te winnen, te ontlopen. In de regel stelt de Raad van State zich bij de toetsing van wetsontwerpen aan de Grondwet voorzichtig op. Eerder dan uitdrukkelijk een grondwets-schending vast te stellen, kiest de Raad voor meer behoedzame formuleringen die de wetgever voor mogelijke grondwets-schendingen waarschuwen. Aldus laat de Raad ruimte voor het Grondwettelijk Hof dat eventueel dezelfde tekst *ex post* zal moeten beoordelen. De preventieve toetsing door de Raad van State

²⁶ Met dank voor de medewerking van mevrouw Riet Leysen en de heer Willem Verrijdt, referendarissen bij het Grondwettelijk Hof.

²⁷ Cass., 23 juli 1849, *Pas.*, 1849, I, 443.

²⁸ Artikel 159 van de Grondwet.

²⁹ J. Velaers, *De Grondwet en de Raad van State, Afdeling Wetgeving*, Antwerpen: Maklu 1999, p. 20-21; P. Popelier, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen: Intersentia, 2008, p. 15.

heeft niettemin een belangrijke invloed, die met de oprichting van het Grondwettelijk Hof nog in aanzienlijke mate is toegenomen.³⁰

3 Het Grondwettelijk Hof heeft slechts geleidelijk de bevoegdheden verkregen waarover het thans beschikt.

a Het is in het kader van de omvorming van de unitaire Staat tot een federale Staat, waarmee een aanvang werd genomen in 1970, dat de grondwetgever in 1980 heeft beslist een 'Arbitragehof' op te richten. Aangezien in de Belgische federale Staat de federale wet niet primeert op de decreten van de Vlaamse, de Franse of de Duitstalige gemeenschap of van het Vlaamse of het Waalse gewest of op de ordonnanties van het Brusselse Hoofdstedelijke gewest, bestaat er een risico van bevoegdheidsconflicten tussen de onderscheiden wetgevers die elk over exclusieve bevoegdheden beschikken.

Het is slechts met tegenzin en argwaan dat de wetgever een grondwetstoetsing heeft aanvaard, ook al bleef die aanvankelijk beperkt tot bevoegdheidsconflicten tussen wetgevers. Een fundamenteel debat over een grondwetstoetsing van de wetgeving aan rechten en vrijheden werd toentertijd in het parlement niet gevoerd. Herhaaldelijk werd ook benadrukt dat het nieuwe rechtscollege geen grondwettelijk hof zou zijn en dat het daarom die naam ook niet zou krijgen.³¹

Ook de ontwikkelingen van de rechtspraak met betrekking tot het internationaal recht en het Europees gemeenschapsrecht brachten hierin geen verandering. Op 27 mei 1971 had het Hof van Cassatie in zijn arrest *Franco-Suisse Le Ski* weliswaar beslist dat internationale rechtsregels met rechtstreekse werking primeren op het nationale recht. Toen de vrees ontstond dat het Hof van Cassatie ook de toetsing van wetten aan de Grondwet naar zich toe zou trekken,³² werd in de Senaat quasi unaniem een wetsvoorstel aangenomen

30 Bij het voorbereiden van zijn adviezen beschikt de Raad van State over de bevoegdheid om gesprekken te voeren met de ambtenaren die betrokken zijn bij de opstelling van de wetteksten.

31 J. Velu en A. Vanwelkenhuyzen, *'Le contrôle de la conformité des normes ayant force de loi aux règles redistribuant le pouvoir législatif'*, *Adm. Publ.* 1979-80, p. 110.

32 In een opgemerkte conclusie bij een cassatie-arrest van 3 mei 1974 vroeg procureur-generaal W.-J. Ganshof van der Meersch zich af: "of het aannemelijk en in overeenstemming is met de noodzakelijke logica van het recht, dat een individu dat zich beklagt over de schending van één van zijn rechten, zijn toevlucht moet nemen tot de omweg van de internationale procedure, terwijl de grondwet hem hetzelfde recht waarborgt, maar de rechter hem de vrijwaring daarvan in rechte niet kan verzekeren."

om dit te verbieden. Alhoewel het in de Kamer niet ter stemming werd gebracht, kon het als signaal aan de rechterlijke macht wel tellen.³³

b In de eerste jaren van zijn bestaan heeft het Arbitragehof, dat zijn activiteiten heeft aangevangen in 1984, vrij snel een grote kredietwaardigheid in het politieke milieu opgebouwd. In het bijzonder slaagde het Hof erin in zijn eerste arresten oplossingen te vinden voor bevoegdheidsproblemen in een reeks taazaken die de verhoudingen tussen Nederlandstaligen en Franstaligen behoorlijk hadden vertroebeld.

c Naar aanleiding van de staats hervorming van 1988, waarbij de wetgevende bevoegdheid inzake onderwijs werd toevertrouwd aan de gemeenschappen,³⁴ kreeg het Arbitragehof als bijkomende opdracht erover te waken dat de religieuze of filosofische minderheden in de Vlaamse en de Franse gemeenschappen niet zouden worden gediscrimineerd.³⁵ Tezelfdertijd werd de bevoegdheid van het Hof ook uitgebreid tot de toetsing van wetkrachtige normen aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, die het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie bevatten. Aan de bijzondere wetgever werd ook de mogelijkheid verleend om, desgewenst, de toetsingsbevoegdheid van het Hof later uit te breiden tot andere grondwetsbepalingen.³⁶

De artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn bijzonder ruime referentienormen. Elk onderscheid in behandeling dat door een wetgever wordt ingesteld, kan op zijn conformiteit met de Grondwet worden getoetst. Dit geldt niet alleen voor nieuwe wetgeving, maar - via prejudiciële vraagstelling - ook voor alle bestaande wetgevende normen. Bovendien achtte het Hof zich meteen bevoegd om via het gelijkheidsbeginsel ook te toetsen aan andere rechten en vrijheden gewaarborgd in de Grondwet en in internationale verdragen waarbij België partij is. Vermits klassieke grondrechten per definitie aan eenieder toekomen, impliceert de schending van een dergelijk grond-

³³ R. Leysen en J. Smets, *Toetsing van de wet aan de Grondwet in België* (Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 35-36.

³⁴ Artikel 24 van de Grondwet.

³⁵ J. Velaers, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen: Maklu, 1990, p. 205.

³⁶ Artikel 142, 3°, van de Grondwet.

recht tevens de schending van het gelijkheidsbeginsel.³⁷ Sindsdien kon het Arbitragehof als een werkelijk grondwettelijk hof worden beschouwd.

d De uitbreiding door de bijzondere wetgever in 2003 van de toetsingsbevoegdheid van het Hof tot alle rechten en vrijheden gewaarborgd in de Grondwet was dus in feite slechts de bevestiging van een jurisprudentiële ontwikkeling. Die bevestiging werd in 2007 bekrachtigd door de grondwetgever, die het Arbitragehof omdoopte tot 'Grondwettelijk Hof'.

4 De Belgische grondwetgever heeft gekozen voor een gecentraliseerd systeem van grondwetstoetsing naar *Kelseniaans* model. Het was zijn uitdrukkelijke wil dat alleen het Grondwettelijk Hof wetten, decreten en ordonnances zou mogen toetsen aan de Grondwet. Dit monopolie gaat gepaard met uitzonderlijke waarborgen op het vlak van de samenstelling en de werking van het Hof.

Het Hof bestaat uit twaalf rechters, zes Nederlandstaligen en zes Franstaligen,³⁸ benoemd op voordracht van het federale parlement met een twee derde meerderheid. De beide taalgroepen kiezen elk een voorzitter en beide voorzitters zetelen in alle zaken. De zaken worden effectief voorgezeten door de voorzitter van de taalrol van de zaak. Naast de taalpariteit is er nog een pariteit tussen zes leden benoemd op grond van hun specifieke juridische ervaring als magistraat in het Hof van Cassatie of in de Raad van State, als hoogleraar in de rechten of als referendaris van het Hof, enerzijds, en zes voormalige parlementsleden, anderzijds.³⁹ Ten slotte, moet het Hof zijn samengesteld uit leden van verschillend geslacht.

De benoeming geschiedt bovendien overeenkomstig een politieke verdeelsleutel die een evenwichtige aanwezigheid in het Hof van de verschillende politieke strekkingen in de samenleving beoogt.⁴⁰ Dit is belangrijk omdat grondwetstoetsing niet alleen juridische, maar ook politieke aspecten heeft.

³⁷ L. P. Suetens en R. Leysen, 'Staat, Gewesten en Gemeenschappen. De technieken van bevoegdheidsverdeling. De rol van het Arbitragehof', in: *Staat, gemeenschappen en gewesten*, Brugge: die keure 1989, p. 66.

³⁸ Artikel 31 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof (hierna: b.w.).

³⁹ Artikel 34 b.w.

⁴⁰ In de meeste Europese landen is er een politieke tussenkomst bij de benoemingen van de rechters in het Grondwettelijk Hof. Zie hierover L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, Parijs: PUF 1996, p. 18.

Vooral bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel is de grens tussen rechtmatigheidcontrole en opportuniteitscontrole soms vaag en komt de grondwettelijke rechter snel in het vaarwater van de wetgever. Het Hof oordeelde recent, met verwijzing naar Straatsburgse rechtspraak,⁴¹ dat die evenwichtige samenstelling een uitstekende waarborg vormt voor de onafhankelijkheid van het rechtscollege.⁴²

Het Hof zetelt ook met minstens zeven leden en, in de praktijk, nemen alle twaalf rechters van het Hof deel aan alle belangrijke deliberaties. Het Hof zetelt bovendien steeds in een tweetalige samenstelling, wat voor een land als België van uitzonderlijke waarde is. De verschillende regeringen en parlementen worden telkens ook uitgenodigd om, desgewenst, de bestreden norm te komen verdedigen. Aldus is het optreden van het Hof omringd met waarborgen die niet in dezelfde mate aanwezig zijn bij de andere rechtscolleges, wat de legitimiteit van het Hof versterkt.

5 Wat de toegang tot het Hof betreft, moet een onderscheid worden gemaakt tussen recente en oudere wetsbepalingen. Binnen de zes maanden na de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* van een nieuwe wettelijke regeling, kan een beroep tot vernietiging wegens ongrondwettigheid worden ingesteld.⁴³ Een dergelijk rechtstreeks beroep kan worden ingesteld door de onderscheiden regeringen en wetgevende vergaderingen, maar ook door elke fysieke of morele persoon die doet blijken van een belang.⁴⁴ De vaststelling van ongrondwettigheid van een wetkrachtige norm leidt in beginsel tot vernietiging, waardoor de norm met terugwerkende kracht uit de rechtsorde verdwijnt. Om redenen van rechtszekerheid kan het Hof evenwel de gevolgen van de vernietiging beperken.⁴⁵ In afwachting van een vernietiging kan het Hof de bestreden norm ook tijdelijk schorsen indien anders een moeilijk te herstellen ernstig nadeel zou ontstaan.⁴⁶

⁴¹ EHRM, 28 juni 1984, *Campbell en Fell t. Verenigd Koninkrijk*, § 78; 22 oktober 1984,

Sramek t. Oostenrijk, § 38; *mutatis mutandis*, 26 oktober 2004, *AB Kurt Kellermann t. Zweden*, § 63.

⁴² GrwH, nr. 157/2009 van 23 oktober 2009.

⁴³ Artikel 3 b.w.

⁴⁴ Artikel 2 b.w.

⁴⁵ Artikel 8 b.w.

⁴⁶ Artikel 19 b.w.

Oudere wetten, decreten en ordonnanties kunnen eveneens onrechtstreeks op hun grondwettigheid worden getoetst via een systeem van prejudiciële vragen gesteld door een rechtscollège.⁴⁷ Elke gewone of administratieve rechter kan immers de bestaanbaarheid met de Grondwet van een voor hem in het geding zijnde wetsbepaling voorleggen aan het Grondwettelijk Hof. Aldus kan het Hof soms de ongrondwettigheid vaststellen van een regeling die reeds tientallen jaren uitwerking heeft. Wanneer een ongrondwettigheid wordt vastgesteld, kan de norm in kwestie niet meer worden toegepast in het concrete geschil voor de rechter ten gronde, noch in gelijkaardige geschillen. Tevens wordt de termijn voor een beroep tot vernietiging heropend.⁴⁸

6 Het Hof is ook bevoegd om wetkrachtige normen, waarbij instemming wordt verleend aan een verdrag, te toetsen aan de Grondwet.⁴⁹ De toetsing van de instemmingwet omvat volgens het Hof mede het onderzoek van de inhoud van de bepalingen van het verdrag.⁵⁰ Dit dient met bijzondere terughoudendheid te gebeuren omdat het niet gaat om een eenzijdige soevereiniteitsakte maar om een verdragsnorm waartoe België zich volkenrechtelijk verbindt. Belangrijk is dat bij het sluiten van verdragen de juiste sequentie wordt gevolgd. Om mogelijke conflicten tussen de Grondwet en verdragen te vermijden, dient de tekst van het verdrag te worden gepubliceerd na de instemmingwet en vóór de ratificatie van het verdrag, opdat het Grondwettelijk Hof zich zou kunnen uitspreken over de overeenstemming met de Grondwet van het verdrag vooraleer het België bindt. Een beroep tot vernietiging van een instemmingwet dient te worden ingediend binnen een kortere termijn van zestig dagen.⁵¹ In het kader van de prejudiciële vraagstelling kan het Hof geen uitspraak doen over wetkrachtige normen waardoor een constituerend verdrag betreffende de Europese Unie of het Europees Verdrag voor de rechten van de mens of een Aanvullend Protocol bij dit Verdrag instemming krijgt.⁵¹

7 De federale bijzondere wetgever heeft recent een discussie beslecht die was ontstaan over de toetsing van wetkrachtige normen aan de rechten en vrijheden

⁴⁷ Artikel 26 b.w.

⁴⁸ Artikel 4 b.w.

⁴⁹ Artikel 3 b.w.

⁵⁰ Voor het eerst in Arbitragehof nr. 26/91 van 16 oktober 1991, B.S. 23 november 1991.

⁵¹ Artikel 3 b.w.

⁵² Artikel 26, § 1bis, b.w.

die zowel in de Grondwet als in internationale mensenrechtenverdragen op analoge wijze zijn gewaarborgd.⁵³ Sinds het bovenvermelde arrest *Franco-Suisse Le Ski* van het Hof van Cassatie heeft de gewone rechter in België de bevoegdheid om wetkrachtige normen te toetsen aan internationale verdragsbepalingen met rechtstreekse werking, waaronder de mensenrechtenverdragen. Het betreft hier een diffuse toetsing door alle rechtscolleges aan de internationale grondrechtenbepalingen, in tegenstelling tot de gecentraliseerde toetsing aan de Grondwet die de Grondwetgever aan het Grondwettelijk Hof heeft toevertrouwd. Bovendien heeft het Hof, zoals eerder gezegd, in die toetsing ook de internationale verdragen betrokken.

Dit dubbel toetsingssysteem leidde tot wrijvingen tussen het Hof en de rechterlijke macht in geval van samenloop van grondrechten, dat wil zeggen grondrechten die op geheel of gedeeltelijk analoge wijze in de Grondwet en in internationale verdragen zijn gewaarborgd. Het Hof van Cassatie was namelijk van oordeel dat, ingeval van een dergelijke samenloop van grondrechten, elke rechter zelf de toetsing kon doorvoeren aan het verdrag zonder een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te moeten stellen, wanneer hij van oordeel is dat de Grondwet geen ruimere waarborgen biedt dan de analoge verdragsbepaling met rechtstreekse werking.⁵⁴ Het Grondwettelijk Hof van zijn kant meende dat aldus zijn monopolie van grondwetstoetsing werd ondermijnd.

Op initiatief van het Grondwettelijk Hof werd een overleg georganiseerd tussen de hoogste rechtscolleges, de rechtsfaculteiten van de universiteiten en de advocatuur⁵⁵ dat resulteerde in een regeling die werd overgenomen door de

⁵³ Zie hierover onder meer: J. Velaers, 'De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan de internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten', in: *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State* (Verslagboek), Brugge: die Keure 2006, p. 101-123; M. Traest, 'Samenloop van grondrechten', *N.J.W.* 2010, p. 130-135; P. Popelier, 'Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet', *R.W.* 2009-2010, p. 5062.

⁵⁴ A. Alen, 'Rechtspraak van het Hof van Cassatie: reden om de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof te wijzigen', in: A. Alen en J. Van Nieuwenhove (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten - Deel 1*, Brugge: die Keure 2008, p. 1-15.

⁵⁵ Symposium van 21 oktober 2005, *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State* (Verslagboek), Brugge: die Keure, 2006, p. 394.

bijzondere wetgever.⁵⁶ Die nieuwe regeling komt er op neer dat, wanneer een rechter van oordeel is dat een wetkrachtige norm strijdig is met een grondrecht dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in de Grondwet én in een verdrag, hij, behoudens enkele uitzonderingen,⁵⁷ eerst aan het Grondwettelijk Hof een vraag dient te stellen over de overeenstemming van de wet met de mensenrechtenbepalingen in de Grondwet.

⁵⁶ Artikel 26, § 4, b.w., dat voortaan luidt als volgt: "Wanneer voor een rechtscollege wordt opgeworpen dat een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel een grondrecht schendt dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet en in een bepaling van Europees of internationaal recht, stelt het rechtscollege eerst aan het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet. In afwijking van het eerste lid geldt de verplichting een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof niet: 1° in de gevallen bedoeld in de paragrafen 2 en 3; 2° wanneer het rechtscollege oordeelt dat de bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk niet geschonden is; 3° wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van een internationaal rechtscollege blijkt dat de bepaling uit het Europees of internationaal recht klaarblijkelijk geschonden is; 4° wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt dat de bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk geschonden is."

⁵⁷ Artikel 26, §§ 2 en 3, b.w. bepalen dienaangaande: "§ 2. Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen voor een rechtscollege, dan moet dit college het Grondwettelijk Hof verzoeken op deze vraag uitspraak te doen. Het rechtscollege is daartoe echter niet gehouden: wanneer de zaak niet door het betrokken rechtscollege kan worden behandeld om redenen van onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid, tenzij wanneer die redenen ontleend zijn aan normen die zelf het onderwerp uitmaken van het verzoek tot het stellen van de prejudiciële vraag; 2° wanneer het Grondwettelijk Hof reeds uitspraak heeft gedaan op een vraag of een beroep met een identiek onderwerp. Het rechtscollege waarvan de beslissing vatbaar is voor, al naar het geval, hoger beroep, verzet, voorziening in Cassatie of beroep tot vernietiging bij de Raad van State, is daartoe evenmin gehouden wanneer de wet, het decreet of de in van de Grondwet bedoelde regel een regel of een artikel van de Grondwet bedoeld in § 1 klaarblijkelijk niet schendt of wanneer het rechtscollege meent dat het antwoord op de prejudiciële vraag niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen. § 3. Behalve wanneer ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid van een wet, een decreet of een in van de Grondwet bedoelde regel met een van de in § 1 bedoelde regels of artikelen van de Grondwet en geen vraag of beroep met hetzelfde onderwerp bij het Hof aanhangig is, is een rechtscollege zowel in het geval de vordering spoedeisend is en de uitspraak over de vordering slechts een voorlopig karakter heeft, als in het geval het een procedure ter beoordeling van de handhaving van de voorlopige hechtenis betreft, er niet toe gehouden een prejudiciële vraag te stellen."

8 Met deze recente wetwijziging is het probleem evenwel niet van de baan, nu twee Belgische rechtscolleges⁵⁷ zeer recent een prejudiciële vraag hebben gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie over de verenigbaarheid van deze nieuwe regeling met het recht van de Europese Unie en meer bepaald met de *Simmenthal*-rechtspraak van dat Hof.⁵⁸ De Belgische Raad van State, die de nieuwe wettelijke regeling preventief heeft getoetst op haar grondwettigheid, met aandacht voor de *Simmenthal*-rechtspraak, heeft daarin geen probleem gezien.⁶⁰ Uiteraard heeft het recht van de Europese Unie voorrang en moet het volle uitwerking krijgen, maar de nieuwe Belgische regeling is in wezen een procedurele bepaling die de volgorde bepaalt waarin wordt getoetst aan de Grondwet en aan de mensenrechtenverdragen en die tot gevolg heeft dat de grondwettigheidstoetsing vooraf gaat aan de Europese toetsing.

Sinds het arrest *Simmenthal* is de context van de toetsing aan mensenrechtenbepalingen trouwens fundamenteel gewijzigd, nu steeds meer lidstaten over een grondwettelijk hof beschikken. Het lijkt daarom niet wenselijk de *Simmenthal*-rechtspraak ongenueanceerd uit te breiden tot de verhouding tussen de grondrechten die zijn verankerd in de nationale grondwetten, in het EVRM en in het recht van de Europese Unie, zonder rekening te houden met de procedurele regels die terzake gelden in de verschillende lidstaten.

Het Belgische Grondwettelijk Hof houdt in zijn rechtspraak terdege rekening met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg⁶¹ en van het Hof van Justitie van de Europese Unie te Luxemburg, waarnaar het geregeld verwijst.⁶² Bovendien heeft het Grondwettelijk Hof

⁵⁸ Rb. Luik, 29 oktober 2009 (in Luxemburg nr. C-457/09); Rb. Namen, 10 maart 2010, samenv. in Fiscooloog nr. 1198, 24 maart 2010 (nog niet verschenen in *Pb.*).

⁵⁹ Hof van Justitie, 9 maart 1978, *Simmenthal*, zaak 106/77.

⁶⁰ Raad van State, Afdeling Wetgeving, Advies 45-905/AV van 3 maart 2009.

⁶¹ Zie voor een recent voorbeeld arrest nr. 195/2009 van 3 december 2009, over zes prejudiciële vragen, gesteld door de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, die dient te beoordelen of de overheidsdotatie van een politieke partij (het Vlaams Belang) dient te worden ingetrokken.

⁶² Zie recent o.a., maar niet exhaustief, GrwH, nr. 140/2008 van 30 oktober 2008 (met verwijzing naar o.a. de arresten C-68/88, C-326/88 en C-177/95 van het Hof van Justitie); GrwH, nr. 87/2009 van 28 mei 2009; GrwH, nr. 29/2010 van 18 maart 2010.

reeds een tiental keer (wat meer is dan alle andere grondwettelijke hoven van de EU samen) prejudiciële vragen gesteld aan het Hof te Luxemburg.⁶³

9 Sinds 1 december 2009 is het Verdrag van Lissabon in werking getreden waardoor het op 7 december 2000 te Nice geproclameerde Handvest van de Grondrechten⁶⁴ van de Europese Unie deel uitmaakt van het primair EU-recht. Dat Handvest richt zich tot de instellingen, organen en instanties van de Unie, alsook tot de lidstaten, doch *'uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen'*. Op veel punten biedt het Handvest een verdergaande bescherming van grondrechten dan de mensenrechtenverdragen en de nationale

⁶³ Het gaat om 1) Arbitragehof, nr. 6/97, 19 februari 1997, betreffende de toelatingsvereisten voor geneeskundestudies (H.v.J., 16 juli 1998, *Belgisch Verbond van Syndicale Artsenkamers*, C-93/97, Jur., 1998, I-04837); 2) Arbitragehof, nr. 139/2003, 29 oktober 2003, betreffende de toepasselijkheid van Richtlijn 79/409/EG op in gevangenschap geboren vogels (H.v.J. (besch.), 1 oktober 2004, *Clerens en Valkeniersgilde*, C-480/03); 3) Arbitragehof, nr. 124/2005, 13 juli 2005, betreffende het Europees aanhoudingsbevel (H.v.J., 3 mei 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, Jur., 2007, I-03633); 4) Arbitragehof, nr. 126/2005, 13 juli 2005, betreffende de Witwasrichtlijn (H.v.J., 26 juni 2007, *Orde van Franstalige en Duitstalige balies e.a.*, C-305/05, Jur., 2007, I-05305); 5) Arbitragehof, nr. 51/2006, 19 april 2006, betreffende de Vlaamse zorgverzekering en het vrij verkeer van personen (H.v.J., 1 april 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon*, C-212/06); 6) Grondwettelijk Hof, nr. 12/2008, 14 februari 2008, betreffende de beperkte toegang van buitenlandse studenten tot de geneeskundestudies aan de universiteiten van de Franstalige Gemeenschap (Concl. Adv.-Gen. Sharpston, C-73/08, 25 juni 2009); 7) Grondwettelijk Hof, nr. 131/2008, 1 september 2008, betreffende de verplichting voor telecom-aanbieders om te voorzien in een sociaal tarief, in het licht van artikel 12 van Richtlijn 2002/22/EG (nog geen arrest van het Hof van Justitie); 8) Grondwettelijk Hof, nr. 103/2009, 18 juni 2009, betreffende discriminatie op grond van geslacht in verzekeringszaken (nog geen arrest van het Hof van Justitie); 9) Grondwettelijk Hof, nr. 129/2009, 28 juli 2009, betreffende de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel na een veroordeling bij verstek (nog geen arrest van het Hof van Justitie); 10) Grondwettelijk Hof, nr. 30/2010, 30 maart 2010 (betreffende het toepassingsgebied en de inhoudelijke waarborgen van het Verdrag van Aarhus inzake bouwvergunningen die rechtstreeks worden verleend door de wetgever).

⁶⁴ *Pb.* 30 maart 2010, C 83/389. In twee gevallen verwees het Hof daartoe naar dat Handvest, zelfs vooraleer dat in werking trad, meer bepaald naar het in artikel 13 van het Handvest neergelegde beginsel van de academische vrijheid (arrest nr. 167/2005 van 23 november 2005, B.18.1; arrest nr. 157/2009, van 13 oktober 2009, B.7.1).

grondwetten. Het Handvest huldigt ook het beginsel van de ruimste rechtsbescherming, zodat aan ruimere waarborgen in andere verdragen en in nationale grondwetten geen afbreuk wordt gedaan. Krachtens de arresten *Rheinmühlen* en *Simmenthal* van het Hof van Luxemburg dient elke rechter onmiddellijk de met het recht van de Europese Unie strijdige bepalingen buiten toepassing te laten en beschikt hij over de volledige vrijheid om over de overeenstemming van het nationale recht met het recht van de Europese Unie aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen.⁶⁵ In dit verband rijst de vraag of de bevoegdheids- en procedureregels van verschillende grondwettelijke hoven daardoor strijdig zijn met het recht van de Europese Unie.

Thans kennen 25 van de 27 lidstaten grondwetstoetsing: 21 daarvan kiezen voor het *Kelseniaanse* model van de gecentraliseerde toetsing⁶⁶ en vier andere kennen een diffuse grondrechtentoetsing.⁶⁷ Aangezien de grondrechtentoetsing een beginsel is dat '*gemeenschappelijk is aan de constitutionele tradities van de lidstaten*',⁶⁸ zou moeten worden aangenomen dat het Handvest geen enkel gevolg kan hebben voor de organisatie, de bevoegdheid en de rechtspleging van de nationale grondwettelijke hoven. Vele beginselen van het recht van de Europese Unie pleiten trouwens in die zin, met name het beginsel van bevoegdheids-

⁶⁵ H.v.J., 16 januari 1974, *Rheinmühlen*, C-163/73, punten 3 en 4; H.v.J., 9 maart 1978, *Simmenthal*, C-106/77, punt 22. Zie ook H.v.J., 27 juni 1991, *Mecanarte*, C-348/89.

⁶⁶ Het gaat om België, Bulgarije, Cyprus, Duitsland, Estland, Frankrijk, Hongarije, Ierland, Italië, Letland, Litouwen, Luxemburg, Malta, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië, Slovenië, Slowakije, Spanje en Tsjechië. In drie van die lidstaten (Cyprus, Estland en Ierland) vervult het hoogste gewone rechtcollege die taak; in de andere lidstaten bestaat er een afzonderlijk grondwettelijk hof.

⁶⁷ Met name Denemarken, Finland, Griekenland en Zweden. In Griekenland kan ook een niet-permanent speciaal grondwettelijk hof worden samengeroepen dat als enige de bevoegdheid bezit om wetten te vernietigen.

⁶⁸ De relevantie van dergelijke gemeenschappelijke constitutionele tradities wordt erkend in artikel 6.3 EU-Verdrag, dat de aldus ingevulde grondrechten als algemene beginselen van het recht van de Unie aanduidt, en artikel 52.4 van het Handvest, dat die gemeenschappelijke tradities als interpretatierichtlijn hanteert bij het invullen van de door het Handvest gewaarborgde grondrechten. Ook de preambule van dat Handvest verwijst naar de in acht name van, onder andere, de constitutionele tradities van de lidstaten. Daarnaast moet, als 'nationale praktijk' in de zin van artikel 52.6 van het Handvest, met dit gegeven 'ten volle rekening worden gehouden, zoals bepaald in dit Handvest', en dat geldt des te meer nu het om een quasi algemene nationale praktijk gaat.

toebedeling,⁶⁹ het subsidiariteitsbeginsel,⁷⁰ het beginsel van de nationale identiteit,⁷¹ het beginsel van de loyale samenwerking⁷² en het evenredigheidsbeginsel.⁷² Gelet op bovenvermelde beginselen zou het evident moeten zijn dat het bepalen van de organisatie, de bevoegdheid en de rechtspleging van

69 Artikel 5.2 EU-Verdrag: de Unie handelt "enkel binnen de grenzen van de bevoegdheden die haar door de lidstaten in de Verdragen zijn toebedeeld om de daarin bepaalde doelstellingen te verwezenlijken". Niet minder dan drie onderscheiden bepalingen van het Handvest beklemtonen hetzelfde beginsel: (1) artikel 51.2 van het Handvest bepaalt op tautologische wijze dat het Handvest "het toepassingsgebied van het recht van de Unie niet verder [uitbreidt] dan de bevoegdheden van de Unie reiken", dat het "geen nieuwe bevoegdheden of taken voor de Unie [schept]", en dat het "de in de Verdragen omschreven bevoegdheden en taken [niet wijzigt]"; (2) artikel 53 van het Handvest bepaalt bovendien dat geen van de bepalingen van het Handvest mag worden uitgelegd 'als zou zij een beperking vormen van of afbreuk doen aan de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden welke binnen hun respectieve toepassingsgebieden worden erkend door [...] de grondwetten van de lidstaten'; en (3) ten overvloede vat artikel 51.1 van het Handvest samen dat de lidstaten en de instellingen van de EU - dus ook het Hof van Justitie - de rechten uit dit Handvest dienen te eerbiedigen 'overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegedeeld'. Voor zover als nodig wordt hetzelfde beginsel ook nog eens in herinnering gebracht in artikel 6.1, tweede lid, van het EU-Verdrag, zijnde de bepaling betreffende de grondrechten.

70 Artikel 5.3 EU-Verdrag (Op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, treedt de Unie slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt) en artikel 51.1 van het Handvest.

71 Krachtens artikel 4.2 EU-Verdrag eerbiedigt de Unie de nationale identiteit van de lidstaten, 'die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren'. Daarnaast herinnert de zesde considerans van de preambule bij het EU-Verdrag aan de 'inachtneming' van de 'geschiedenis, cultuur en tradities' van de onderscheiden volkeren. De derde considerans van de preambule bij het Handvest verwijst dan weer naar de 'inachtneming van de verscheidenheid van cultuur en traditie van de volkeren van Europa, alsmede van de nationale identiteit van de lidstaten en van hun staatsinrichting op nationaal, regionaal en lokaal niveau'. Ook artikel 3.3, in fine, van het EU-Verdrag vereist dat de Unie 'haar rijke verscheidenheid van cultuur en taal [eerbiedigt] en [toeziet] op de instandhouding en de ontwikkeling van het Europese culturele erfgoed'.

72 Artikel 4.3 EU-Verdrag. Het gaat vanzelfsprekend om een wederkerig beginsel, dat ook door de EU-organen zelf dient te worden gerespecteerd.

73 Artikel 5.4 EU-Verdrag. Krachtens dat beginsel 'gaan de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken'.

een grondwettelijk hof onder de procedurele autonomie⁷⁴ van de lidstaten valt. In het kader van de volle werking van het recht van de Europese Unie matigt het Hof van Justitie die procedurele autonomie echter door ze te kaderen in de vereisten van het *gelijkwaardigheidsbeginsel* en van het *doeltreffendheidsbeginsel*, waaraan het Hof meer belang blijkt te hechten dan aan de hoger aangehaalde beginselen.

Voor zover de grondwettelijke rechter geen onderscheid maakt tussen eigen onderdanen en de andere EU-onderdanen, moet er nochtans van worden uitgegaan dat een bijkomende grondwettelijke bewaking van de grondrechten de grondrechtenbescherming versterkt veeleer dan dat het de uitoefening van de aan het recht van de Europese Unie ontleende rechten zou bemoeilijken. Bovendien blijken grondwettelijke hoven doorgaans een sterkere rechtsbescherming te kunnen bieden, aangezien alleen zij een met de grondrechten strijdige wetsbepaling *ex tunc* en *erga omnes* kunnen invalideren. Het Hof van Justitie stelt zich echter zeer wantrouwig op ten aanzien van nationale grondwettelijke hoven, zoals recent nog is gebleken in het arrest *Küçükdeveci* van 19 januari 2010.⁷⁵ Bovendien kan worden herhaald dat voor het Grondwettelijk Hof, in tegenstelling tot voor de gewone rechter, de steller van de norm de kans heeft om zich te verdedigen (*cf. supra*, nr. 4).

10 In Frankrijk werd op 10 december 2009 een variante⁷⁶ van de Belgische prejudiciële procedure aangenomen, die een ex post grondwetstoetsing invoert in de vorm van een *question prioritaire de constitutionnalité*.⁷⁷ Zeer onlangs (op 16 april 2010) heeft het Franse Hof van Cassatie evenwel prejudiciële vragen gesteld (en dan nog spoedvragen) betreffende de verenigbaarheid van de

⁷⁴ H.v.J., 16 december 1976, *Rewe*, 33/76 en *Comet*, 45/76; H.v.J., 14 december 1995, *Peterbroeck*, C-312/93 en *Van Schijndel en Van Veen*, C-430/93 en C-431/93; H.v.J., 22 mei 2003, *Connect Austria*, C-462/99; H.v.J., 19 september 2006, *Germany en Arcor*, C-392/04 en C-422/04; H.v.J., 13 maart 2007, *Unibet*, C-432/05.

⁷⁵ H.v.J., 19 januari 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07.

⁷⁶ Een eerste verschil is dat die *question prioritaire* dient te worden voorgelegd aan het *Cour de Cassation* of aan de *Conseil d'Etat*, die als filter fungeren. Een tweede verschil is dat de formulering van de Franse wetteksten duidelijk maakt dat die vraag alleen betrekking heeft op de grondwettigheid, met uitsluiting van de verdragsconformiteit. Een derde verschil is dat de *Conseil constitutionnel* verplicht is binnen de drie maanden uitspraak te doen.

⁷⁷ Artikelen 23-2 en 23-5 van de *ordonnance* n° 58-1067 van 7 november 1958, zoals ingevoegd door de *loi organique* n° 2009-1523 van 10 december 2009.

verwijzingsverplichting met enkele beginselen van het recht van de Europese Unie.⁷⁸ In afwachting van een antwoord van het Hof van Justitie, heeft de *Conseil constitutionnel* amper twee weken geleden (op 12 mei 2010) alvast een arrest geveld waarin het de verhouding tussen de grondwetstoetsing en de verdragstoetsing uiteenzet.⁷⁹

In hoofdorde verklaart de *Conseil constitutionnel* zich onbevoegd voor toetsing aan verdragen en aan het recht van de Europese Unie.⁸⁰ Het arrest van de *Conseil constitutionnel* geeft wel één uitzondering aan waarin de toetsing aan het recht van de Europese Unie een middel van ongrondwettigheid inhoudt: uit artikel 88-1 van de Franse Grondwet vloeit voort dat de omzetting van

⁷⁸ Cass. fr., 16 april 2010, *Melki en Abdeli* (in Luxemburg nrs. C-188/10 en C-189/10). Die vragen luiden als volgt: "L'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 s'oppose-t-il à une législation telle que celle résultant des articles 23-2, alinéa 2, et 23-5, alinéa 2, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 créés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, en ce qu'ils imposent aux juridictions de se prononcer par priorité sur la question de constitutionnalité qui leur est posée, dans la mesure où cette question se prévaut de la non-conformité à la Constitution d'un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union?"

⁷⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 (Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne). Voor de volledigheid moet worden vermeld dat het in casu geen *question prioritaire de constitutionnalité* betrof, maar een traditionele *ex ante* toetsing.

⁸⁰ De *Conseil constitutionnel* beroept zich daarvoor op het tekstargument van artikel 61-1 van de Grondwet en van de relevante bepalingen van de organieke wet (artikel 23-2, alinea 5, en artikel 23-5, alinea 2, van de ordonnance n°58-106), alsook op het beginsel dat een dergelijke controle toekomt aan elke gewone en administratieve rechter (Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, punt 11). Zo wijkt de Parijse positie alvast af van de Brusselse, aangezien de diffuse verdragstoetsing in België het Grondwettelijk Hof er niet van heeft weerhouden de leer van de analoge grondrechten-toetsing te vestigen: "Wanneer een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is aan die van een van de grondwetsbepalingen waarvan de toetsing tot de bevoegdheid van het Hof behoort en waarvan de schending wordt aangevoerd, vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen. Daaruit volgt dat het Hof, bij de toetsing aan de voormelde grondwetsbepalingen, rekening houdt met internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen" (vaste rechtspraak sinds arrest nr. 136/2004 van 22 juli 2004; zie recent nog arrest nr. 195/2009 van 3 december 2009, B.6).

richtlijnen in het interne recht een grondwettelijke eis is,⁸¹ zodat de *Conseil constitutionnel* de wet die een dergelijke richtlijn omzet, aan die richtlijn dient te toetsen.⁸² De *Conseil constitutionnel* wijst erop dat in Frankrijk parallelle prejudiciële vragen mogelijk zijn. Een *question prioritaire de constitutionnalité* aan de *Conseil constitutionnel* en een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie zijn onafhankelijk van elkaar, aangezien het twee onderscheiden toetsingskaders betreft.⁸³

De *Conseil constitutionnel* benadrukt dat zijn arresten – gelet op artikel 62 van de Grondwet – slechts gezag van gewijsde hebben voor wat de toetsing aan de Grondwet betreft, en geenszins de bevoegdheid van de gewone en administratieve rechter beperkt om zelf aan het internationaal recht te toetsen.⁸⁴ Daarnaast geeft de *Conseil constitutionnel* aan dat de gewone rechter, zelfs wanneer hij een *question prioritaire de constitutionnalité* stelt, verplicht is de nodige voorlopige en bewarende maatregelen te nemen, zoals het schorsen van de tenuitvoerlegging van wetgeving die hij in strijd acht met het recht van de Europese Unie, het vrijwaren van de rechten die de justitiabelen uit

⁸¹ Die bepaling luidt als volgt: “La République participe à l’Union européenne, constituée d’Etats qui ont choisi librement d’exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l’Union européenne, tels qu’ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.”

⁸² Conseil Constitutionnel, Décision n° 2010-605 DC van 12 mei 2010, punt 18. Die toetsing is evenwel aan twee beperkingen onderhevig: (i) de omzetting van een richtlijn mag nooit ingaan tegen een regel of een principe dat inherent is aan de ‘identité constitutionnelle de la France’, tenzij wanneer de grondwetgever daarmee heeft ingestemd; en (ii) de omzettingwet moet kennelijk onbestaanbaar zijn met de richtlijn die ze wil omzetten, aangezien het voor het overige aan de gewone en de administratieve rechter toekomt na te gaan of die wet in overeenstemming is met de internationale verbintenissen die Frankrijk heeft aangegaan, en daarbij desgevallend een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie, wat de *Conseil constitutionnel* zelf niet kan in geval van preliminaire grondwetscontrole (Artikel 61 van de Franse Grondwet).

⁸³ Op die wijze wordt de eenheid van grondrechten wel ontkent: een toetsing aan de grondwettelijke vrijheid van meningsuiting verschilt immers niet wezenlijk van een toetsing aan dezelfde vrijheid in het EVRM of in het Handvest.

⁸⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, punt 13. Ook in België heeft het gezag van gewijsde alleen betrekking op de door het Grondwettelijk Hof beslechte rechtspunten, te weten de overeenstemming met de Grondwet, waarbij weliswaar het EVRM en het Handvest worden betrokken als interpretatierichtlijn bij de toetsing (cf. ‘rekening houdt met’, arrest 136/2004) ter precisering van ietwat verouderde grondwetsbepalingen, en als ezelsbruggetje om uitvoering te kunnen geven aan de rechtspraak van het Hof van Justitie en van het Hof van Straatsburg.

het recht van de Europese Unie putten, en meer algemeen het waarborgen van de volle werking van de nog te nemen beslissing ten gronde.⁸⁵ Met een impliciete verwijzing naar de *Rheinmühlen*-rechtspraak,⁸⁵ stelt de *Conseil constitutionnel* dat de Franse rechter, zelfs wanneer hij daartoe niet is verplicht,⁸⁷ steeds de mogelijkheid heeft om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.⁸⁸

⁸⁵ Zonder het arrest *nominatim* te vermelden, doelt de *Conseil constitutionnel* daarmee ongetwijfeld op de *Factortame*-rechtspraak van het Hof van Justitie, die oordeelt dat: "aan de volle werking van het gemeenschapsrecht zou worden afgedaan, wanneer een rechter bij wie een door het gemeenschapsrecht beheerst geding aanhangig is, door een regel van nationaal recht zou kunnen worden belet, voorlopige maatregelen te gelasten ter verzekering van de volle werking van de uitspraak die moet worden gedaan over het bestaan van de rechten waarop krachtens het gemeenschapsrecht een beroep wordt gedaan. Bijgevolg is een rechter die onder deze omstandigheden voorlopige maatregelen zou gelasten, indien een regel van nationaal recht zich daar niet tegen verzette, verplicht, deze regel buiten toepassing te laten" (H.v.J., 19 juni 1990, *Factortame e.a.*, C-213/89, punt 21). De *Conseil constitutionnel* zet uiteen dat de Franse grondwetsvoetsing die mogelijkheid van c.q. verplichting voor de gewone en administratieve rechter geenszins beperkt; er wordt dan ook besloten dat de rechter op elk moment alles kan doen wat nodig is om te verhinderen dat wetsbepalingen die de volle werking van het recht van de Europese Unie belemmeren, worden toegepast (*Conseil constitutionnel*, *Décision n° 2010-605 DC* du 12 mai 2010, punt 14). Hetzelfde geldt overigens in België: geen enkele bepaling van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof verhindert de gewone rechter om het recht van de Europese Unie zijn volle werking te verlenen.

⁸⁶ In dat arrest oordeelde het Hof van Justitie dat: "de nationale rechterlijke instanties de meest uitgebreide bevoegdheid bezitten zich tot het Hof van Justitie te wenden, indien zij menen dat een bij hen aanhangig geding vragen opwerpt welke een uitlegging of een beoordeling van de geldigheid van bepalingen van gemeenschapsrecht verlangen en ter zake waarvan zij een beslissing moeten nemen. Overwegende dat uit deze beschouwingen volgt dat een nationale rechtsregel, welke de niet in hoogste ressort rechtspreekende instanties bindt aan rechtsoordelen van de hoogste rechter, die instanties niet de bevoegdheid vermag te ontnemen aan het Hof van Justitie vragen te stellen inzake de uitlegging van het Gemeenschapsrecht waarop zodanig rechtsoordeel betrekking heeft" (H.v.J., 16 januari 1974, *Rheinmühlen*, C-163/73, punten 3 en 4).

⁸⁷ Zie voor die criteria de arresten H.v.J., 6 oktober 1982, *CILFIT*, C-283/81; en H.v.J., 22 oktober 1987, *Foto-Frost*, C-314/85.

⁸⁸ *Conseil constitutionnel*, *Décision n° 2010-605 DC* du 12 mai 2010, punt 15. Strikt genomen beperkt de toetsingsvoorrang die artikel 26, § 4, b.w. in het leven roept, evenmin de mogelijkheid om - uiteindelijk - een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen.

11 Het zou zeer te betreuren zijn indien het Hof van Justitie een procedureel eenheidsmodel zou willen opleggen inzake grondrechtenbescherming ten koste van de doorgaans efficiëntere procedure van grondwetsvoetsing door de nationale grondwettelijke hoven en op gevaar af een overbelasting van prejudiciële vragen te veroorzaken die het Hof van Justitie zou kunnen afleiden van zijn kerntaken. Is het nodig hierbij het doembeeld op te roepen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat thans een belasting van 120.000 hangende zaken kent? Het subsidiariteitsbeginsel pleit er voor dat schendingen van grondrechten in de eerste plaats door de rechtscolleges van de lidstaten worden opgelost en dat slechts zaken die door de mazen van het nationale net glippen, de Europese rechtscolleges zouden mogen bereiken.⁸⁹

Er mag ook niet uit het oog worden verloren dat artikel 6.2 van het EU-Verdrag en het Veertiende Protocol bij het EVRM voorzien in de toetreding van de Unie tot het EVRM. In die context kan alleen maar worden verhoopt dat de grondrechtvoetsing niet wordt gezien als een tweepartijenverhouding tussen beide Europese rechtscolleges, maar als een driepartijenverhouding waarbij ook de nationale grondwettelijke rechtscolleges dienen te worden betrokken. Dit wordt niet alleen vereist door het beginsel van de soevereiniteit en dat van de democratie, maar het is bovendien in het belang zowel van de goede werking van de Europese rechtscolleges als van de nationale rechtsordes van de lidstaten van de Europese Unie en in het bijzonder van hun rechtsonderhorigen, de burgers van de Europese Unie.

⁸⁹ Artikelen 1, 13 en 35.1 EVRM. Zie EHRM (GK), 26 oktober 2000, *Kudła t. Polen*.

Zaaldiscussie

De heer Vermeulen (staatsraad) merkt op dat beide sprekers hebben benadrukt dat constitutionele rechterlijke toetsing iets anders of iets meer is dan gewone rechterlijke toetsing. Hij heeft een paar steekwoorden genoteerd: het gaat veelal om verdergaande, ingrijpender bevoegdheden, het is naast een juridische toetsing ook een meer politieke toets en het is meer toetsen aan beginselen dan aan toepassing van regels. Beide sprekers hebben hieraan de consequentie verbonden dat met het oog daarop een grotere politieke invloed op de samenstelling van de toetsende instantie voor de hand ligt en daarop ook vanuit de politiek zal worden aangedrongen. Volgens Bossuyt zou de samenstelling van het Hof meer politiek moeten zijn (en dat is ook daadwerkelijk zo in het Grondwettelijk Hof van België; zes leden hebben een politieke achtergrond). Volgens Van Dijk zou het parlement op enigerlei wijze invloed moeten hebben op de samenstelling van een constitutioneel hof. Spreker vraagt of dit noodzakelijk of wenselijk is, en of het past in de Nederlandse traditie, waarin we ons eigenlijk in doorsnee niet bekommeren om de politieke kleur van de rechter.

De heer Van Dijk antwoordt dat het meerdere van constitutionele toetsing schuilt in het feit dat door die toetsing wetten buiten toepassing kunnen worden gelaten. Het gaat om wetten die volgens democratische procedure tot stand zijn gekomen. In de Staten-Generaal zullen naar verwachting stemmen opgaan dat, als er een niet democratisch gekozen instantie komt dat wetten buiten toepassing kan verklaren, de Staten-Generaal bij die samenstelling betrokken wenst zijn qua achtergrond, qua deskundigheid en qua evenwichtigheid. Dit strookt met sprekers ervaring als lid van de Venetië Commissie van de Raad van Europa, waar veel voorstellen voor (grond)wetgeving zijn gepasseerd inzake de benoeming en samenstelling van constitutionele hoven in lidstaten van de Raad van Europa; daarbij is vrijwel steeds sprake van bijzondere regels voor de benoemings- en selectieprocedure van constitutionele hoven in vergelijking tot die van de 'gewone' rechterlijke instanties.

De heer Bossuyt stelt dat in de mate dat het maken van wetten politiek is, het vernietigen ervan dat ook is. Het vernietigen van wetten is zeer ingrijpend, vermits het handelingen van de democratische wetgever betreft, die worden vernietigd door niet-gekozen rechters. Over toepassing van de evenredigheidstoets, bijvoorbeeld, verschillen ook redelijk mensen vaak van mening. Het is nodig dat de voornaamste denkrichtingen binnen de maatschappij in de samenstelling van een hof dat bevoegd is wetten te vernietigen, op een evenwichtige wijze zijn

vertegenwoordigd. Het is vermoedelijk niet nodig dat in Nederland gewezen politici zouden worden opgenomen in een grondwettelijk hof, maar spreker denkt toch wel dat ook in Nederland een (niet noodzakelijkerwijs: dezelfde) bijzondere samenstelling aangewezen zou zijn.

De vice-president vult aan dat ook andere landen politieke invloed op de samenstelling van het grondwettelijk hof kennen. Hij wijst op de benoemingswijze en -termijn in Frankrijk voor de *Conseil constitutionnel*. Deze hebben een doel: het mee kunnen bewegen met maatschappelijke en staatkundige ontwikkelingen. Het zou interessant zijn die vergelijking met de praktijk in omliggende landen wat vaker te maken. Tot nu toe is relatief weinig over een constitutioneel hof in Nederland nagedacht.

Mevrouw Thomassen (lid van de Hoge Raad) vraagt of men, als wordt gesproken over een speciale benoemingsprocedure voor en samenstelling van een constitutioneel hof, geen onderscheid zou moeten maken tussen toetsing aan grondrechten en toetsing aan andere delen van de Grondwet. Wanneer men dat niet doet, zo stelt zij, dan gaat men voorbij aan de realiteit in al die andere Europese landen waar het toetsen aan grondrechten behoort tot het dagelijkse werk van de gewone rechter. De noodzaak van een speciaal constitutioneel hof ligt misschien niet daarin dat wetten worden gemaakt door de politiek (en dus ook vernietigd zouden moeten worden door de politiek), maar meer in het onderscheid tussen grondrechten en overige elementen van de constitutie. De rechter staat niet los van de politiek, die zal bij zijn werk altijd kijken naar de parlementaire geschiedenis en de maatschappelijke opvattingen. Spreekster werpt de vraag op of men niet een onderscheid moet blijven houden tussen aan de ene kant toetsing die de gewone rechter, de onafhankelijke rechter, moet verrichten op grond van onze eigen Grondwet die democratisch tot stand is gekomen en de rechter daartoe dus legitimeert en aan de andere kant het toetsen aan de andere constitutionele beginselen in de Grondwet.

De vice-president plaatst een kanttekening bij de impliciete suggestie in de vraagstelling dat constitutionele hoven niet onafhankelijk zouden zijn, al neemt hij aan dat dit niet de bedoeling van de spreekster zal zijn.

Mevrouw Thomassen bevestigt dat dit inderdaad niet haar bedoeling is. Met 'onafhankelijk' in deze context bedoelt zij slechts dat de benoemingsprocedure op een andere wijze verloopt (is ingevuld).

De heer Bossuyt merkt op dat het buitengewoon zelden voorkomt in België dat een gewone rechter *op eigen initiatief* (dat wil zeggen: niet in navolging van het Europees Hof van de Rechten van de Mens) een wet strijdig verklaart met het EVRM. Het Grondwettelijk Hof, daarentegen, heeft wel een schendingsratio van circa 30% (op ongeveer 200 zaken per jaar, met werking *erga omnes*). Dit vormt een bijkomend argument om te zeggen dat een grondwettelijk hof toch wel iets anders doet dan een gewone rechter en dat voor een dergelijk hof bijgevolg een andere samenstelling nodig is.

De heer Corstens (President van de Hoge Raad) ziet twee onderling tegengestelde tendensen ontstaan. Aan de ene kant streeft men in het rechtshulpverkeer binnen de Europese Unie naar meer erkenning van elkaars rechterlijke beslissingen, wat natuurlijk alleen kan als er vertrouwen in en een zekere overeenstemming over de grondbeginselen van de rechtsstelsels bestaan. Aan de andere kant signaleert spreker dat door het benadrukken van de bijzondere positie van het eigen land, door constitutionele toetsing, door de procedure die in België en ook in Frankrijk bestaat om eerst vragen te stellen aan het nationale constitutionele hof en dan pas een vraag te stellen aan het Hof van Justitie, de indruk ontstaat dat men datgene wil benadrukken dat onderscheidt, terwijl de eerstgenoemde ontwikkeling juist inhoudt datgene te benadrukken wat men met elkaar gemeen heeft.

Spreker ziet voorts een aanzienlijk probleem, gelet op artikel 234 van het VEU, dat sommige rechters verplicht in bepaalde situaties prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie, wanneer een nationale wetgever zegt: "Nee, de rechter zal eerst die vraag moeten stellen aan het eigen hof, het constitutionele hof."

De heer Bossuyt antwoordt dat het een uitzonderlijke en zwaarwichtige gebeurtenis is wanneer een rechter een wet buiten toepassing verklaart wegens strijdigheid met een hogere norm. Als dat aan de gewone rechter wordt overgelaten, is er mogelijk eerst een rechter in eerste aanleg die vindt dat er schending is van een dergelijke norm; daarna gaan we kijken wat het een paar jaar later bij het Hof van Beroep geeft en ten slotte komt het wederom na een paar jaar bij het Hof van Cassatie. Het alternatief is dat onmiddellijk een vraag kan worden gesteld aan het Grondwettelijk Hof dat in minder dan twaalf maanden tijd een antwoord geeft dat geldt voor het gehele land. Dat is het voordeel van een grondwettelijk hof boven het diffuse toetsingssysteem. Daar vele grondrechten in de Belgische Grondwet tot stand zijn gebracht door de grondwetgever van 1831, is het van belang ook de verdragen en de rechtspraak van Straatsburg in de grondwetbenadering te verwerken. De zaken in Luik en Namen waarnaar

spreker in zijn co-referaat verwees, verschillen van die in Frankrijk, omdat ze geen betrekking hebben op regels die in uitvoering van het recht van de Europese Unie zijn aangenomen en ze in feite dan nog worden getoetst aan artikel 6 van het EVRM.

De heer Van Dijk meent dat de volgtijdelijkheid van eerst de toetsing aan de Grondwet en vervolgens eventueel nog toetsing aan internationale normen niet Europees-onvriendelijk is en ook geen motie van wantrouwen betekent ten aanzien van de gewone rechter, maar dat deze volgorde juist tot uitdrukking laat komen dat ook de grondrechtelijke bepalingen in onze grondwet een specifieke formulering kennen en een specifieke historische achtergrond en specifieke maatschappelijke context hebben. Een voorbeeld vormt niet alleen de vrijheid van onderwijs, maar ook de vrijheid van meningsuiting. Waar grondwettelijke toetsing van de wet de mogelijkheid biedt via uitleg of aanvulling van de wet boven de Europese minimumstandaard uit te gaan, hebben we te maken met een rechterlijke functie die heel sterk wetgevend is, want dan zal de rechter de wetgever corrigeren op grond van de Grondwet.

De heer Wiebenga (staatsraad) meldt dat hem de beperkte samenhang van de behandeling van het dagthema opvalt, hetgeen hem nog meer is opgevallen in het essay in de bundel *Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State*, dat uitdrukkelijk niet pretendeert de mening van de Raad van State als geheel weer te geven. We kunnen discussiëren over oprichting van een constitutioneel hof, nu of later of nog veel later, en de vormen waarin zich dat kan voordoen, maar spreker zou dit in een bredere context willen zien: hoe is het staatsbestel in meer ruimere zin ingericht? In het co-referaat van de heer Bossuyt kwam dit ook naar voren, aldus spreker. De federalisering van België heeft mede de aanleiding gevormd van de oprichting van het Grondwettelijk Hof. In Nederland rijst de vraag of naast *ex ante* advisering door de Raad van State, de beide Kamers der Staten-Generaal en in de toekomst wellicht een beslissend referendum nóg een extra rem nodig is in de vorm van een constitutioneel hof. Wordt dat niet wat veel? Moeten we de samenhang niet bediscussiëren, alvorens een standpunt in te nemen over een constitutioneel hof in meer engere zin?

De heer Dölle antwoordt dat de bredere context ook naar zijn mening een grote rol speelt, bijvoorbeeld of er sprake is van een turbulente geschiedenis in een recent verleden, of niet. Ook de Scandinavische varianten kunnen in de discussie worden betrokken. Er zijn allerlei mogelijkheden. Altijd, als men overschakelt naar hoven of rechterlijke bewaking van de afweging die door de wetgever is gemaakt

(zoals ook wordt geïllustreerd door de heer Bossuyt), krijgt men te maken met politisering van de rechterlijke functie, met strijd tussen rechters onderling en problemen rondom rechtszekerheid. Spreker hoort de roep om toetsing bijna overal, maar meent dat ook eenvoudigere vormen van constitutionele toetsing moeten worden onderzocht, zonder zich te storten in het avontuur van een hof of van gespreide toetsing waaraan ook problemen kunnen kleven. Om artikel 1 van de Grondwet gedeeltelijk over te laten aan een instantie die rechterlijk is, dat is nogal wat. Dat haalt een deel van de politiek uit de politieke arena; ook de waarborgen. Het zou een terugtrekkende beweging van het parlement zijn, in een land met een geschiedenis en achtergrond waar dat nog niet direct noodzakelijk is.

De heer Schutte is het zeer met de heer Wiebenga eens. Het onderwerp verdient bestudering in een brede context. We zijn maar een klein land en men moet het niet nodeloos extra ingewikkeld maken. Dat is zeker waar. Of een beslissend referendum er komt, moeten we maar even afwachten. Bij de bredere context hoort voor spreker ook de waarde van het systeem van grondrechtenbescherming, dat een specifieke functie heeft, ook historisch gezien; de heer Hoekstra refereerde daar ook al aan. Spreker roept het voorbeeld in herinnering dat hij voor de pauze in zijn co-referaat aanhaalde en werpt vervolgens de vraag op of er toch niet sprake is van een manco waarin via constitutionele toetsing, al dan niet via uitbreiding van de taak van de Raad van State of een constitutioneel hof, kan worden voorzien. Graag de totale context gezien, zo sluit spreker af, maar dan is misschien de waardering van die context niet bij iedereen gelijk.

De heer Bossuyt ziet geen tegenstelling tussen *ex ante* interpretatie door de Raad van State en *ex post* toetsing door het Grondwettelijk Hof. Integendeel, het advies van de Raad van State weegt des te zwaarder wanneer een Grondwettelijk Hof een daarmee strijdige wetgeving eventueel kan vernietigen: de Raad van State geeft de voorzet waarna het Grondwettelijk Hof de goal scoort.



Afsluiting door de dagvoorzitter

door mr. H.D. Tjeenk Willink,
vice-president van de Raad van State

Afsluiting door de dagvoorzitter

door mr. H.D. Tjeenk Willink

De discussie over constitutionele toetsing gaat veel verder dan de vraag of het rechterlijk toetsingsverbod ten behoeve van grondrechten al dan niet moet worden opgeheven. Wat het lot van het wetsvoorstel-Halsema in tweede lezing ook zal zijn, constitutionele toetsing gaat ook over andere spelregels dan de grondrechten. Spelregels waar, zo zeg ik collega Wiebenga na, we het zicht misschien nog wel meer op verloren zijn, dan op de betekenis van grondrechten, want daarover is de discussie altijd buitengewoon levendig. Dan gaat het inderdaad om het staatsbestel in zijn samenhang en historische en maatschappelijke context.

Dat laatste blijkt bijvoorbeeld wanneer een antwoord wordt gezocht op de vraag hoe de Grondwet toe te passen op de BES-eilanden. De BES-eilanden worden weldra een onderdeel van het Nederlandse staatsbestel. Het zal dan voor het eerst zijn dat de Grondwet buiten het Rijk in Europa van toepassing wordt. Wat betekent dat nu voor een grondwet die weinig materiële normen kent? Wat bijvoorbeeld te denken over de betekenis van artikel 23 van de Grondwet op Saba? Dit artikel immers bepaalt onder meer dat van overheidswege in elke gemeente voldoende openbaar onderwijs wordt gegeven, terwijl er op Saba maar één (bijzondere) school is. Dit soort vragen zijn minstens zo interessant als de vraag naar de opheffing van het toetsingsverbod. Zo wordt zichtbaar dat constitutionele toetsing meer is dan rechterlijke, juridische toetsing in enge zin.

Voor zover de discussie over vergezichten op constitutionele toetsing zich mede richt op de vraag naar de wenselijkheid van een constitutioneel hof moeten we ons realiseren dat het in ieder geval nog geruime tijd zal duren voordat een constitutioneel hof, indien wenselijk, er is. Alle veranderingen in het staatsbestel die grondwetswijziging eisen zijn moeilijk te realiseren. Daar komt in het specifieke geval van toetsing van wetten aan de Grondwet nog iets bij. Constitutionele rechters hebben ook tot taak in dialoog te zijn met de wetgever. De wetgever zal de wetten waarover het constitutioneel hof negatief oordeelt aan dat oordeel moeten aanpassen. Als hij het met een uitspraak oneens is, zal de Grondwetgever echter in staat moeten zijn de Grondwet zelf te wijzigen. Als dat echter nagenoeg uitgesloten is, omdat de Grondwet zo moeilijk te wijzigen is, ontstaat een impasse in wat een dialoog behoort te zijn. Ook vanuit deze hoek gezien geldt, dat men het onderwerp van constitutionele toetsing niet geïsoleerd kan bezien.

Na ruim veertig jaar discussie over staatsrechtelijke en staatkundige vernieuwing, moeten we vaststellen dat er weliswaar veel is veranderd, ook in het staatsbestel, maar dat dit geen ingrijpende grondwetswijzigingen heeft opgeleverd. Nu heeft ons dat niet te ontmoedigen bij het voortzetten van de discussie. Nog dit jaar zal de Staatscommissie haar bijdrage leveren aan de discussie. Maar ook als er overeenstemming komt over de voorstellen van de Staatscommissie, zal het in ieder geval nog jaren duren voordat die Grondwetswijzigingen zijn gerealiseerd. Daarop kunnen verbeteringen in het functioneren van het staatsbestel waaronder meer de aandacht voor de Grondwet niet wachten.

Dat is de reden dat de Raad van State de afgelopen jaren, in het kader van zowel de advisering als de bestuursrechtspraak, heeft nagedacht over de vraag hoe de uitleg van de Grondwet, het gemeenschappelijk fundament waarop zijn beide taken worden uitgeoefend, beter te expliciteren. De grondwettelijke (beter: constitutionele toets) kan explicieter, beter gemotiveerd ook. Schutte en Dölle hebben dat in hun co-referaten ook bepleit. We zouden de 'waaier-werkwijze' daarbij ook echt kunnen zien als een hulpmiddel, dat we evenwel niet vrijblijvend moeten hanteren. Laten we daarom als Raad van State in ieder geval beginnen met datgene wat we doen, nog beter te doen.

Bijlage: lijst van deelnemers

de heer prof. mr. E.A. Alkema	<i>Universiteit Leiden</i>
de heer mr. dr. E.J. Arkenbout	<i>Raad van State</i>
de heer mr. H. Beekhuis	<i>oud-lid Raad van State</i>
de heer mr. T.C. Borman	<i>Ministerie van Justitie</i>
de heer mr. dr. J.T.K. Bos	<i>Ministerie van Justitie</i>
de heer prof. dr. M. Bossuyt	<i>Grondwettelijk Hof van België</i>
de heer mr. H.M.B. Breunese	<i>Ministerie van BZK</i>
mevrouw prof. dr. M.L.H.K. Claes	<i>Staatscommissie Grondwet</i>
de heer mr. T.M.A. Claessens	<i>Raad van State</i>
de heer mr. G.J.M. Corstens	<i>Hoge Raad der Nederlanden</i>
de heer mr. E.J. Daalder	<i>Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn</i>
de heer drs. W.J. Deetman	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. W.D.M. van Diepenbeek	<i>Raad van State</i>
de heer mr. P. van Dijk	<i>Raad van State</i>
de heer prof. mr. drs. A.H.M. Dölle	<i>Eerste Kamer der Staten-Generaal</i>
de heer mr. G.H. van Dongen	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. E.C. Drexhage	<i>Ministerie van BZK</i>
mevrouw dr. I.A. van den Driesschen	<i>Staatscommissie Grondwet</i>
de heer mr. T.L.J. Drouen	<i>Raad van State</i>
de heer mr. M.J.W.M. Ellis	<i>Raad van State</i>
de heer mr. dr. M.L. van Emmerik	<i>Universiteit Leiden</i>
de heer mr. dr. G.J.M. Evers	<i>Staatscommissie Grondwet</i>
de heer mr. P.J. van der Flier	<i>Ministerie van Justitie</i>
mevrouw prof. mr. J.H. Gerards	<i>Staatscommissie Grondwet</i>
mevrouw mr. L.Y. Gonçalves-Ho Kang You	<i>Raad van State</i>
de heer drs. M.P.H. van Haeften	<i>Staatscommissie Grondwet</i>
de heer mr. H.P. Heida	<i>Ministerie van BZK</i>
de heer mr. A.M.J. Heijmans	<i>Raad van State</i>
de heer drs. F.M.J. Hendrickx	<i>Tweede Kamer der Staten-Generaal</i>
de heer mr. dr. S. Hillebrink	<i>Ministerie van BZK</i>
de heer mr. R.J. Hoekstra	<i>Raad van State</i>
de heer prof. mr. E.C.M. Jurgens	<i>oud-lid Eerste Kamer der Staten-Generaal</i>
de heer mr. dr. H.P.A. Knops	<i>Wetenschappelijk Instituut CDA</i>
de heer mr. W. Konijnenbelt	<i>Raad van State</i>
de heer prof. dr. R.A. Koole	<i>Universiteit Leiden</i>
de heer mr. H.M. Linthorst	<i>Ministerie van Economische Zaken</i>
mevrouw mr. A.M.F. Loof-Donker	<i>Raad van State</i>

de heer mr. H.G. Lubberdink	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. dr. J. Luijendijk	<i>Raad van State</i>
de heer mr. ir. H.C. Maduro	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. J.H.B. van der Meer	<i>Raad van State</i>
de heer dr. K.J.M. Mortelmans	<i>Raad van State</i>
de heer mr. M. Nap	<i>Rijksuniversiteit Groningen</i>
de heer prof. mr. C.R. Niessen	<i>Universiteit van Amsterdam</i>
mevrouw prof. dr. B.M. Oomen	<i>Staatscommissie Grondwet</i>
de heer mr. dr. M. Oosting	<i>Raad van State</i>
mevrouw prof. mr. G. Overkleeft-Verburg	<i>Staatscommissie Grondwet</i>
de heer mr. A. Pahladsingh	<i>Raad van State</i>
mevrouw M.L. de Pater-van der Meer	<i>Tweede Kamer der Staten-Generaal</i>
de heer mr. W.J. Pedroli	<i>Ministerie van BZK</i>
de heer mr. J.E.M. Polak	<i>Raad van State</i>
de heer mr. dr. J.C.A. de Poorter	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. A.E.A.J. Puts ML	<i>Tweede Kamer der Staten-Generaal</i>
mevrouw mr. A.C. Quik-Schuijt	<i>Eerste Kamer der Staten-Generaal</i>
mevrouw mr. dr. H.J.Th.M. van Roosmalen	<i>Raad van State</i>
de heer mr. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt	<i>Ministerie van BZK</i>
de heer jhr. mr. O. de Savornin Lohman	<i>Hoge Raad/Raad van State</i>
de heer G.J. Schutte	<i>oud-lid Tweede Kamer der Staten-Generaal</i>
mevrouw mr. dr. H. Sevenster	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. drs. Y.M. van Soest-Ahlers	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. W. Sorgdrager	<i>Raad van State</i>
de heer mr. C. Sparreboom	<i>Raad van State</i>
mevrouw prof. mr. W.M.E. Thomassen	<i>Staatscommissie Grondwet</i>
mevrouw mr. Y.E.M.A. Timmerman-Buck	<i>Raad van State</i>
de heer mr. drs. B. Veenman	<i>Raad van State</i>
de heer drs. R. van der Veer	<i>Raad van State</i>
de heer prof. dr. G.J. Veerman	<i>Universiteit van Maastricht</i>
de heer prof. mr. L.F.M. Verhey	<i>Universiteit van Maastricht</i>
de heer mr. drs. B.P. Vermeulen	<i>Raad van State</i>
mevrouw mr. S.J.A. Vink	<i>Raad van State</i>
de heer mr. dr. R.K. Visser	<i>Ministerie van Justitie</i>
de heer mr. H.H.C. Visser	<i>Raad van State</i>
de heer prof. mr. K.G. de Vries	<i>Eerste Kamer der Staten-Generaal</i>
de heer drs. J.P. de Vries	<i>Staatscommissie Grondwet</i>
de heer mr. A. Weggeman	<i>Raad van State</i>
de heer mr. J.G.C. Wiebenga	<i>Raad van State</i>

mevrouw mr. R.A. de Wit
de heer mr. dr. A.J.Th. Woltjer
mevrouw mr. S.F.M. Wortmann

Raad van State
Staatscommissie Grondwet
Raad van State

